

ČLANCI

KRITIKA TEORIJE O SAMOPOMOĆI KAO PRVOBITNOM OBLIKU PRAVNE ZAŠTITE (SELBSTHILFETHEORIE)

Doc. dr. sc. Marko Petrak *

UDK 347.145

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: prosinac 2005.

Svrha rada jest istražiti relevantne aspekte tzv. Selbsthilfetheorie: teorije o samopomoći kao prvobitnom obliku pravne zaštite. Autor analizira nastanak navedene teorije te oblikovanje njezinih temeljnih postavki u djelu znamenitog njemačkog romanista i filozofa prava Rudolpha von Jheringa (1818-1892), recepciju navedene teorije u znanosti rimskog prava i drugim pravnim disciplinama u prvoj polovini 20. stoljeća kao i uzroke, smjerove i posljedice njezinih modifikacija u drugoj polovini tog stoljeća. U završnom dijelu rada autor kritički analizira teoriju samopomoći - kako njezinih filozofijskih temelja, tako i njezine primjene u svrhe interpretacije struktura rimskog civilnog procesa - s ciljem stvaranja temelja za nove pokušaje rekonstrukcije postanka i razvoja tog procesa.

Ključne riječi: Selbsthilfetheorie, rimsko pravo, pravna zaštita

1. UVODNE NAPOMENE

Shvaćanje da je samopomoć izvorni i najstariji oblik pravne zaštite uobičajeno je u suvremenoj pravnoj znanosti. To je shvaćanje utemeljeno na tzv. *Selbsthilfetheorie*: teoriji o samopomoći kao prvobitnom obliku pravne zaštite. U prvom redu, ta se teorija primjenjuje u disciplini građanskog procesnog prava kao pokušaj odgovora na kompleksna pitanja o razvitku različitih oblika pružanja pravne zaštite subjektivnim građanskim pravima. Sukladno učenju suvremene procesualističke doktrine, pravna zaštita subjektivnih prava u početnom stadiju

* Dr. sc. Marko Petrak, docent Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb

razvitka ostvarivala se isključivo putem privatne, neregulirane samopomoći.¹ U narednom stadiju razvitka, pojedinci bivaju nužno upućeni na međusobnu suradnju te otpočinju rješavati svoje sukobe sporazumijevanjem, čime se rješavanje sporova sve češće prepušta nekom trećemu kao osobi od obostranog povjerenja. Ta osoba preuzima ulogu izabranog suca ili arbitra, čijoj se odluci o sporu sukobljene strane dragovoljno podvrgavaju. Država s vremenom sankcionira taj oblik privatne zaštite prava, a u sljedećim stadijima razvitka postupno i sama "organizira pravosudni aparat koji nameće svima, nadomještajući privatnu zaštitu organiziranom državnom zaštitom".² U konačnom stadiju razvoja država "na sebe preuzima i prisilno izvršavanje svojih odluka" te samopomoć kao neregulirana privatna zaštita u pravilu postaje zabranjena.³ Prema navedenoj rekonstrukciji, prvobitni oblik pravne zaštite je samopomoć, najstariji oblik procesa nastaje prevladavanjem samopomoći kao načina zaštite putem privatne arbitraže, da bi zatim privatnu arbitražu postupno zamijenilo državno pravosuđe. Samopomoć - privatna arbitraža - državna pravna zaštita, to su sukcesivni stadiji razvitka oblika pravne zaštite.

Međutim, treba istaknuti da teorija o samopomoći kao prvobitnom obliku pravne zaštite (*Selbstilfetheorie*) nije izvorno nastala i razvila se u okviru znanosti građanskog procesnog prava. Ta je teorija oblikovana u modernoj znanosti rimskog prava kao pokušaj rasvjetljivanja složene problematike postanka i razvoja rimskog civilnog procesa, odakle je preuzeta u druge pravne discipline.

2. SELBSTHILFETHEORIE U MODERNOJ ZNANOSTI RIMSKOG PRAVA

Polazeći od navedenih činjenica, u prvom se redu treba usredotočiti na tezu da je izvorni oblik pravne zaštite bila samopomoć te da je njezinim prevladavanjem nastao prvobitni proces u obliku privatne arbitraže. Takvo viđenje razvoja oblika pravne zaštite pretpostavlja postojanje povijesne "nulte točke", u kojoj su se sporovi pojedinaca rješavali isključivo uporabom gole sile. Ta uporaba gole sile, tj. samopomoći, u početku nije bila sputana nikakvim pravilima. U tim okolnostima jedino pravo koje može postojati i biti priznato jest zapravo pravo

¹ Triva/Dika, Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 2004, 9 i sl.

² Triva/Dika (bilj. 1.), 10.

³ Triva/Dika (bilj. 1.), loc. cit.

jačega (*Faustrecht*). Stoga se može zaključiti da se tako zamišljeno prvobitno stanje u svojoj biti svodi na rat svih protiv sviju (*bellum omnium in omnes*).⁴

Nameće se logično pitanje kako su u jednom hipotetskom povijesnom trenutku ljudi iz kaotičnog stanja “rata svih protiv sviju” mogli prijeći na mirno rješavanje sporova privatnom arbitražom. I, prije svega, odgovara li navedena teza o postanku procesa arhajskoj rimskoj zbilji? Da bi se iznašlo odgovore na ta pitanja, valja se prisjetiti koji je moderni romanist prvi iznio takve ideje te na temelju kojih su rimskih izvora one sazdate.

2.1. Jheringova teorija samopomoći (*Selbsthilfetheorie*)

Prvi autor koji je iznio tezu o samopomoći kao prvobitnom obliku pravne zaštite te postanku procesa kao prevladavanju samopomoći privatnom arbitražom bio je veliki njemački romanist i filozof prava Rudolph von Jhering (1818-1892). Razradu te teze nalazimo u prvom dijelu njegova epohalnog djela *Geist des römischen Rechts*.⁵ Razmatranja tog pravnika o postanku procesa integralni su dio njegova shvaćanja o genezi prava uopće te ih u tom ključu valja i interpretirati. Prema njemu, prvobitni iskon prava ne nalazi se ni u objavi bogova ni u volji države, već ga valja tražiti u primordijalnoj fizičkoj sili, snazi pojedinca.⁶ “*Die Thatkraft, die Gewalt also ist die Mutter des Rechts...*”⁷ Pojedinač je u tom najstarijem predrđžavnom razdoblju imao jedino ono pravo koje je uspio ostvariti i zadržati svojom vlastitom tjelesnom silom i snagom (*Faustrecht*). U najstarije vrijeme samo iz sile (*vis*) može nastati pravo (*ius*). Samopomoć je stoga praoblik prava (*Urform des Rechtes*).⁸

Navedeno shvaćanje o genezi prava s vremenom je poprimilo naziv teorija samopomoći (*Selbsthilfetheorie*).⁹ Ta se teorija nalazi u temelju svih razmatranja navedenog autora o postanku rimskog procesa. Postankom procesa započinje se

⁴ Usp. Kaser/Hackl, *Das römische Zivilprozeßrecht*, München, 1996, 26 i sl.

⁵ Vidi Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschieden Stufen seiner Entwicklung*, vierte Auflage, Vol. I., Leipzig, 1878, 108 sqq, 167 i sl.

⁶ Jhering (bilj. 5), 107 i sl.

⁷ Jhering (bilj. 5), 114.

⁸ Jhering (bilj. 5), 107 i sl.; vidi i Broggini, *Vindex und Iudex*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (dalje u tekstu: ZSS /RA/), 76 (1959), 113 i sl.

⁹ Vidi Kaser/Hackl (bilj. 4), 28 i sl. i tamo navedenu literaturu.

prevladavati prvobitno stanje rata svih protiv sviju, proces je nastavak “borbe za pravo” (*der Kampf ums Recht*) drugim sredstvima. Navedene osnovne Jheringove zamisli o odnosu samopomoći i postanka procesa uhvatile su iznimno duboko korijenje. One su naime ostale sve do danas trajno teorijsko ishodište brojnih kasnijih romanističkih pokušaja shvaćanja postanka procesa prema kojima je samopomoć najstariji oblik pravne zaštite, a proces jedan oblik nastavka prvobitnog *bellum omnium in omnes* drugim sredstvima.¹⁰

Razvidno je: navedeni uvidi o genezi prava i procesa pokušavaju prodrijeti mnogo dalje u prošlost od postanka grada Rima. Ne “Roma anno zero”, već hipotetska “nulta točka” povijesti uopće vremensko je ishodište prikazanih razmatranja.¹¹ Postavlja se pitanje jesu li takvi misaoni prodori u predrimska razdoblja svojevrsni konstrukt ili imaju doista uporište u sačuvanim rimskim vrelima. Stoga je nužno ukratko raščlaniti sama vrela i njihovo Jheringovo tumačenje. Riječ je naravno o vrelima koja govore o najstarijem razdoblju rimskog civilnog procesa, legisakcijskom procesu. Ovdje u obzir prije svega dolaze izvješća o *legis actio sacramento in rem*, koja je služila za zaštitu vlasništva ili drugih apsolutnih prava.¹²

Proces vođen u povodu legisakcije *sacramento in rem* detaljno je prikazao klasični pravnik Gaj u četvrtoj knjizi svojih Institucija. Prema Gajevu opisu, tijek procesa kod legisakcije *sacramento in rem* odvijao se na sljedeći način.¹³ Najprije su stranke pred pretora donosile sporni predmet ili neki njegov dio koji ga je

¹⁰ Tako su teoriju samopomoći slijedili Wlassak, Betti, Weiss, Juncker, Düll, Kaser, Luzzatto, Wieacker itd.; za podatke o odnosnim radovima tih autora vidi Kaser/Hackl (bilj. 4), 28, bilj. 21. U najnovije vrijeme uz teoriju samopomoći pristaju npr. Bürge, *Römisches Privatrecht, Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung*, Darmstadt, 1999, 45 i sl.; Gutiérrez Masson, *La ritualización de la violencia en el derecho romano arcaico*, Index, Quaderni camerti di studi romanistici, 28 (2000), 253 i sl.

¹¹ Vidi Broggini (bilj. 8), 114 i sl.

¹² Općenito o *legis actio sacramento* kao najstarijoj legisakciji vidi pobliže npr. Talamanca, s.v. *Processo civile (diritto romano)*, Enciclopedia del diritto XXXVI, Milano, 1987, 13 i sl.; Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte. Erster Abschnitt. Einleitung, Quellenkunde, Frühzeit und Republik*, München, 1988, 255 i sl.; Marrone s. vidi *Rivendicazione (diritto romano)*, Enciclopedia del diritto XLI, Milano, 1989, 2 i sl.; Kaser/Hackl (bilj. 4), 81 i sl., s uputama na antička vrela i brojnu daljnju romanističku literaturu. Treba napomenuti da je pored *legis actio sacramento in rem* postojala je i *legis actio sacramento in personam* koja je služila za ostvarivanje obveznopравnih zahtjeva, no o toj legisakciji sačuvana su samo neizravna svjedočanstva; vidi pobliže Kaser/Hackl (bilj. 4), 86 i sl.

¹³ Gai. Inst. 4. 16.

simbolizirao, npr. grumen zemlje kao simbol zemljišta o kojem se ima voditi spor. Zatim je tužitelj vindicirao sporni predmet, tj. zahvatio ga desnom rukom, izgovorivši pritom formulu vindikacije, tj. tvrdnju da je na spornom predmetu pravo vlasništva, a istodobno bi štapom, koji je držao u lijevoj ruci, dodirnuo predmet. Štap je (*vindicta/festuca*), prema Gaju, simbolizirao koplje kao znak kviritskog vlasništva.¹⁴ Gaj navodi sadržaj formule vindikacije u slučaju spora o pravu vlasništva nad robom: "*HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRTIUM MEUM ESSE AIO. SICUT DIXI, ECCE TIBI VINDICTAM IMPOSUI*" ("Tvrdim da je ovaj rob po kviritskom pravu moj. Kako rekoh, tako ti stavih na njega štap"). Tuženik je zatim izvršio svoju kontravindikaciju, izgovorivši posve iste riječi, popraćene istovjetnim gestama. Nakon što su obje stranke u sporu izvršile svoje vindikacije, tj. uhvatile predmet rukom (*manum consere-re*)¹⁵, dodirnule štapom te svečano izgovorile propisane formule, intervenirao bi pretor i naložio obojici da puste sporni predmet: "*MITTITE AMBO REM (HOMINEM)*" ("Pustite obojica stvar (roba)"). Tužitelj bi zatim zahtijevao od tuženoga da mu kaže po kojoj je osnovi i on vindicirao predmet: "*POSTULO ANNE DICAS, QUA EX CAUSA VINDICAVERIS*" ("Zahtijevam da kažeš po kojoj si osnovi vindicirao"). Tuženik mu ne bi pružio nikakav stvarni odgovor, već bi se samo pozvao na svoje pravo: "*IUS FECI SICUT VINDICTAM IMPOSUI*" ("Učinih po pravu kad stavih štap"). Potom je propisani dijalog stranaka kulminirao u međusobnom pozivanju na sklapanje procesne oklade o tome tko je u pravu. Okladna se svota nazivala *sacramentum*, a prema njoj je ta najstarija legisakcija i dobila svoje ime.¹⁶ Tu okladnu svotu morala je platiti

¹⁴ Gai. Inst. 4. 16. *Festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti dominii, quando iusto dominio ea maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent; unde in centumviralibus iudiciis hasta proponitur*; usp. Kaser/Hackl (bilj. 4), 95, s uputama na daljnju literaturu.

¹⁵ Izraz *manum conserere* u smislu obostranog zahvaćanja spornog predmeta nije se sačuvao kod Gaja, već kod Gelija, koji navodi da se taj izraz nalazio u tekstu Zakonika XII ploča; vidi Gell. Noct. att. 20.10.7-8 (Lex XII. Tab. 6.5a) 7. "*Manum conserere*" ... *Nam de qua re disceptatur in iure in re praesenti, sive ager sive quid aliud est, cum adversario simul manu prendere et in ea re sollemnibus verbis vindicare, id est "vindicia"*. 8. *Correptio manus in re atque in loco praesenti apud praetorem ex duodecim tabulis fiebat, in quibus ita scriptum est: "si qui in iure manum conserunt."*; detaljnije o izrazu *manum conserere* i njegovu značenju kod *legis actio sacramento in rem* vidi Kaser, Zur "legis actio sacramento in rem", ZSS (RA) 104 (1987) 56 i sl.; Kaser/Hackl (bilj. 4), 97 bilj. 50; 101 i sl.

¹⁶ Tužitelj bi naravno prvi pozivao na polaganje okladne svote: "*QUANDO TU INIURIA VINDICAVISTI, D AERIS SACRAMENTO TE PROVOCO*" ("Budući da si nepravom vindicirao, pozivam te na okladnu svotu od pet stotina asa"), dok bi mu tuženik jed-

državi (*"in publicum"*) kao kaznu (*poena*) ona stranka koja je izgubila parnicu.¹⁷ Pretor je zatim u korist jedne od stranaka u sporu izricao *vindiciae* (*"vindicias dicere"*), tj. dodijelio joj je sporni predmet u privremeni posjed. Ta je parnična stranka morala drugoj stranci dati jamce (*praedes litis et vindiciarum*) kao osiguranje da će joj u slučaju gubitka procesa izručiti predmet s plodovima. Sam je pak pretor primao od obiju stranaka jamce za iznos okladne svote (*praedes sacramenti*) koja ide u korist države.¹⁸ Nakon toga prilazilo se određivanju suca (*iudex*).¹⁹ U drugom dijelu procesa (*"apud iudicem"*) sudac bi izrekao presudu, no Gaj ne navodi nikakve pojedinosti o toj presudi. Iz podataka iznesenih u Ciceronovim djelima može se, međutim, zaključiti da se presudom nije izravno odlučivalo o spornom pravu vlasništva, već se njezinom izrekom samo utvrđuje čiji je *sacramentum iustum*, a čiji *iniustum*, tj. koja se parnična stranka s pravom kladila (*sacramentum iustum*), a koja je izgubila procesnu okladu te mora platiti okladnu svotu državi (*sacramentum iniustum*).²⁰ Presudu o tom pitanju bilo je, međutim, moguće donijeti tek nakon što je sudac na temelju iznesenih činjenica i dokaza odlučio tko je uistinu vlasnik, pa se stoga presudom o procesnoj okladi (*sacramentum*) na indirektan način odlučivalo i o samom pravu vlasništva.

Na temelju navedenih činjenica, razvidno je da se najstariji rimski civilni proces sastojao od strogo formalnih čina. To vrijedi napose za prvi dio procesa

nostavno odgovorio: *"ET EGO TE"* ("I ja tebe"); valja napomenuti da je *sacramentum* kao okladna svota iznosio 50 ili 500 asa, ovisno o tome je li sporni predmet vrijedio više ili manje od 1.000 asa. U parnicama o slobodi *sacramentum* je pak iznosio uvijek 50 asa, bez obzira na vrijednost roba; vidi Gai. Inst. 4.14.; 4.16.

¹⁷ Gai. Inst. 4. 13. *Nam qui uictus erat, summam sacramenti praestabat poenae nomine; eaque in publicum cedebat praedesque eo nomine praetori dabantur, non ut nunc sponsionis et restipulationis poena lucro cedit aduersarii, qui uicerit; usp. Talamanca (bilj. 12), 14 i sl.; Kaser/Hackl (bilj. 4), 82 i sl.*

¹⁸ Gai. Inst. 4. 16. *Postea praetor secundum alterum eorum uindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes aduersario dare litis et uindiciarum, id est rei et fructuum; alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti causa, quia id in publicum cedebat.*

¹⁹ U starije vrijeme sudac se određivao odmah, a od stupanja na snagu *lex Pinaria*, zakona za koji se smatra da je donesen nakon Zakonika XII ploča, pristupalo se imenovanju suca tek nakon 30 dana; vidi Gai. Inst. 4.15. *Ut autem die XXX. iudex detur, per legem Pinariam factum est; ante eam autem legem statim dabatur iudex.*

²⁰ Usp. Cicero, Pro Caecina 33.97; *idem*, De domo sua 29.78; detaljnije o značenju citiranih Ciceronovih navoda u kontekstu rekonstrukcije sadržaja presude kod legisakcije *sacramento in rem* vidi npr. Kaser/Hackl (bilj. 4), 85 i sl., 122 i sl., s uputama na daljnju literaturu.

u kojem dominira vindikacijski ritual parničnih stranaka. Taj ritual morao se izvršavati striktno propisanim riječima, gestama i simboličkim aktima. U protivnom, *actio* ne bi imala pravnog učinka. Prema Gaju, onaj koji bi i najmanje pogriješio u formi procesnih čina kao sastavnicama jednog kompleksnog rituala, nužno bio gubio spor.²¹

Kako bi dokazao svoje postavke da je samopomoć bila prvobitni oblik pravne zaštite te da je postanak civilnog procesa vezan uz prevladavanje samopomoći privatnom arbitražom, Jhering je krenuo od različitih pojmova istog korijena na koje nailazimo u Gajevu opisu: *vindicta*, *vindicare*, *vindicatio*. Prema njegovoj analizi, izloženoj u prvom dijelu njegova epohalnog djela *Geist des römischen Rechts*, sve te riječi složenice su od *vis* i *dicere*. Prema tome, primjerice, *vindicare* izvorno znači *vim dicere*, pokazati silu.²² Stoga je zastupao mišljenje kako već sama etimologija tih pojmova upućuje na zaključak da je prije postanka procesa postojalo razdoblje u kojem se pretpostavljeno pravo (*ius*) ostvarivalo i branilo od protupravnih napadaja (*iniuria*) isključivo fizičkom silom (*vis*), tj. putem samopomoći. Tvrdnja o pravu (*ius*) tada se potvrđivala samo putem demonstracije sile (*vim dicere*=*vindicare*).²³ Na temelju navedenog etimologijskog tumačenja, Jhering je pretpostavio da bi fizička sila (*vis*), tj. samopomoć (*Selbsthilfe*), mogla biti prvobitni izvor prava (*ius*). Povrh toga, taj je pravnik smatrao da se raščlambom struktura najstarijeg civilnog procesa na

²¹ Gai. Inst. 4.20. ...*ut vel qui minimum errasset, litem perderet*.

²² Vidi Jhering, (bilj. 5), 129 te napose 163, bilj. 69; Jhering se pri tom etimologijskom objašnjenju oslanja na istraživanja K.O. Müllera; vidi Müller, Etymologische Erörterungen von Rechtsausdrücken, I. *Vindex, vindiciae, vindicare, vindicare, vindicta*, Rheinisches Museum für Jurisprudenz 5 (1833) 190 i sl. Treba napomenuti da Müller nije bio prvi autor koji je smatrao da je riječ *vindicare* složenica od *vis* i *dicere*. To je shvaćanje zastupao, primjerice, već u 16. st. Hotomanus; vidi Hotomanus, Commentarius in IV libros Institutionum, Basileae, 1560, 491; usp. Staszów, "Vim dicere" im altrömischen Prozeß, ZSS (RA) 80 (1963), 85 i sl.

²³ Vidi Jhering (bilj. 5), 129, bilj. 28b: "*Vindicta, vindicare, vindicatio* javljaju se kod vindikacijskog procesa u značenju samopomoći (*Selbsthülfe*)". Zanimljivo je spomenuti da je navedeno Jheringovo shvaćanje odmah prihvatio Moriz Voigt (Die Zwölf Tafeln. Geschichte und System des Civil und Criminal Rechtes und Processes der XII. Tafeln nebst deren Fragmenten, Bd. I, Leipzig, 1883, 508, bilj. 25), a preko njega i Egersdorfer, koji ističe: "Vindicatio potječe od vim dicere = pozivati se na samosilu. Vindicatio je dakle samosila, i to prvotno nepatvorena samosila, a u daljnjem svom razvoju samosila uz oblasno odobrenje"; cit. Egersdorfer *Legis actio sacramento in personam*. Pravno-povijesna rasprava, Zagreb, 1916, 43, bilj. 63.

temelju navedene etimologije mogu izvesti i daljnji argumenti za njegovu tezu o samopomoći kao praobliku prava. Općenito gledano, taj je autor smatrao da se samopomoć u najstarijem rimskom pravu pojavljuje na tri načina: 1. kao solemna tj. strogo formalna samopomoć, 2. kao neformalna samopomoć te 3. kao prividna samopomoć, kod koje je negdašnja realna samopomoć svedena na puku formu.²⁴ Kod *legis actio sacramento in rem* nailazimo upravo na prividnu samopomoć, tj. puke forme koje svjedoče o negdašnjoj uporabi realne samopomoći.²⁵ Posebice vindikacijski ritual sa svojim svečanim riječima, gestama i simbolikom zapravo predstavlja, prema Jheringovoj rekonstrukciji, prividnu borbu (*Scheinkampf*) protivnika odnosno ritualizirani trag negdašnje stvarne borbe. U vindikacijskom ritualu obje stranke izgovaraju formulu vindikacije, tj. tvrdnju da im pripada pravna vlast nad spornim predmetom, istodobno zahvaćajući svojom desnom rukom taj predmet, dok ga lijevom rukom dodiruju posebnim štapom. Prema interpretaciji navedenog autora, opisane ritualne strukture navode na zaključak da se u najstarije vrijeme "borba za pravo" odlučivala pravim fizičkim dvobojem. Formule vindikacije, u skladu s navedenim etimologijskim tumačenjem, formalni su trag negdašnje obostrane objave uporabe sile (*vis*). Formalni tragovi te prvotne uporabe fizičke sile naziru se u ritualnom obostranom zahvaćanju spornog predmeta (*manum conserere*) te dodirivanju predmeta štapom (*vindicta/festuca*). Već sam naziv za taj štap, *vindicta*, upućuje na njegovu prvobitnu funkciju sredstva kojim se očituje sila. Štoviše, podcrtava Jhering, jedno od značenja riječi *vindicta* jest i osveta.²⁶ Ako se sve to poveže sa spomenutim Gajevim tumačenjem, prema kojem *vindicta* zapravo simbolizira koplje (*hasta*), nije teško zaključiti, smatra navedeni romanist, da se u najstarije vrijeme o spornom pravu odlučivalo oružanim dvobojem. Prema tome, vindikacijski je ritual kao prividna borba parničara (*Scheinkampf*) u legisakcijskom procesu zapravo jedna "reminiscencija iz pradoba" ("*Reminiscenz aus der Urzeit*"), trag na temelju kojeg se može uvidjeti da je primjena fizičke sile u obliku samopomoći (*Selbsthilfe*) bila prvobitni oblik pravne zaštite. Negdašnji akti realne samopomoći s vremenom su preobraženi u procesne radnje²⁷: proces je nastavak fizičke borbe za pravo drugim sredstvima.

Tom interpretacijom vrela Jhering je pokušao dokazati da je samopomoć najstariji oblik pravne zaštite. No kako je prevladan taj stadij samopomoći i

²⁴ Jhering (bilj. 5), 150.

²⁵ Jhering (bilj. 5), 163.

²⁶ Jhering (bilj. 5), 128 i sl.

²⁷ Jhering (bilj. 5), 164.

kako je nastao prvobitni proces? Prema mišljenju tog pravnika, počeci procesa kod drevnih Rimljana posvema su različiti nego u svih ostalih naroda. Naime, neki su narodi u prvo vrijeme prevladavali samopomoć rješavajući sporove u zajednici obraćanjem na nadnaravne sile svojih božanstava u obliku različitih vrsta božjeg suda, proročanstava, ždrijeba itd. Drugi su narodi pak prevladali samopomoć kao prvobitni oblik pravne zaštite tako što su se tijela vlasti nametnula kao mjerodavni autoritet te otpočela rješavati sporove u zajednici. U oba slučaja stranke u sporu moraju se podvrgnuti sudu neke nadređene vlasti, bilo božanske, bilo ljudske. Međutim, Jhering smatra da na takve pojave ne nailazimo kod rimskog naroda u najstarije vrijeme. Rimljani se razlikuju od svih ostalih naroda po tome što su prevladali stadij samopomoći ugovornim rješavanjem pravnih sporova (*“vertragsmäßige Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten”*), putem ustanove obraničnog suca, tj. arbitra (*Schiedsrichter*) ili izvansudbene prisege.²⁸ Navedeni autor dakle zastupa mišljenje da je prvobitni procesni oblik rješavanja sporova u arhaiskom Rimu bila privatna arbitraža. Stranke u sporu ugovorno su određivale arbitra. One se stoga nisu podvrgavale arbitru kao nekoj nadređenoj javnoj vlasti, već su se na temelju privatnog ugovora dragovoljno obvezale prihvatiti njegovu odluku. Prema Jheringovu tumačenju, taj izvorni ugovorni temelj rješavanja sporova sačuvan je i u solemnim formama legisakcijskog procesa. Naime, premda je, kako smatra taj pravnik, u legisakcijskom procesu izvorna privatna arbitraža već postavljena u okvire državne jurisdikcije, ugovorni temelj čitavog procesa moguće je prepoznati u aktu litiskontestacije (*litis contestatio*). Općenito govoreći, sačuvano je svega nekoliko vrela koja govore o litiskontestaciji u legisakcijskom procesu. Iz njih se može razabrati da se akt litiskontestacije obavljao pred pravosudnim magistratom, tj. pretorom (*in iure*), tako da su parnične stranke pozvale nekoliko rimskih građana da budu svjedoci pri utvrđivanju predmeta spora (*lis*),²⁹ kako bi kasnije, po potrebi, u postupku *apud iudicem* mogli posvjedočiti o čemu među strankama postoji spor.³⁰ Na temelju navedenih činjenica, Jhering je zastupao

²⁸ Jhering (bilj. 5), 167.

²⁹ Prema toj nazočnosti svjedoka pri utvrđivanju predmeta spora (*contestari litem*) *litis contestatio* je i dobila svoj naziv; vidi Kaser/Hackl (bilj. 4), 75 i sl.

³⁰ Akt litiskontestacije ne spominje Gaj u svojoj raščlambi legisakcijskog procesa, no jedno određenje izraza *“contestari litem”* sačuvano je u Festovim izvadcima iz rječnika rijetkih riječi (*De verborum significatu*) gramatičara Verija Flaka; vidi Festus, s.v. *contestari litem* (ed. Lindsay, 50): *“Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: ‘Testes estote’”*; za hrvatski prijevod vidi Romac, Izvori rimskog

mišljenje da je *litis contestatio* u svojoj biti zapravo ugovor parničnih stranaka sklopljen pred pretorom u nazočnosti prizvanih svjedoka. Tim ugovorom stranke su utvrđivale predmet spora, izabirale suca (*iudex*) koji će riješiti njihov spor te se međusobno obvezivale na poštovanje sučeve odluke.³¹ Iz navedene analize dade se zaključiti da je navedeni ugovor kojim se izabire sudac najstariji element u legisakcijskom procesu. Jhering je smatrao da se na temelju takvih sporazuma nekoć ugovarala privatna arbitraža kao prvobitni procesni oblik rješavanja sporova u Rimu. No tijekom vremena, privatno arbitražno sudovanje stavljeno je pod kontrolu državnog pravosuđa. Taj pretpostavljeni povijesni razvoj napose bi trebao biti razvidan iz dvodiobe legisakcijskog procesa. U prvom dijelu procesa, povijesno mlađem, koji se odvijao pred pretorom (*in iure*), taj pravosudni magistrat provjeravao je jesu li ispunjeni svi propisani uvjeti za pružanje pravne zaštite.³² Ako jesu, stranke su uz odobrenje pretora izabirale suca, koji je u drugom dijelu procesa (*apud iudicem*) donosio presudu. Drugi dio postupka, prema Jheringu, vuče svoje podrijetlo izravno od privatne arbitraže kao najstarijeg rimskog oblika sudovanja. Stoga on zaključuje da je država preuzela u svoje okrilje privatnu arbitražu ne promijenivši joj bit.³³ Na taj je način na mjesto negdašnjeg privatnog arbitra stupio izabrani sudac, kojeg su stranke birale sa službene liste sudaca (*album iudicum*), no njegova je funkcija, prema navedenom shvaćanju, zapravo ostala nepromijenjena. Međutim, za razliku od privatnog arbitra, presuda izabranog suca, zbog nadasve bitne uloge pretora u procesu, ima državnu autorizaciju.

Navedeni Jheringovi pokušaji rekonstrukcije postanka rimskog procesa imali su velik odjek u romanističkim krugovima. Njegova teza da se pravo (*ius*) u najstarije vrijeme ostvarivalo i zaštićivalo isključivo silom (*vis*), tj. samopomoću (*Selbsthilfe*), te da je postanak procesa vezan uz prevladavanje samopomoći privatnom arbitražom, postala je tijekom vremena gotovo općeprihvaćenom.

prava, Zagreb, 1973, 559; o Festu vidi Škiljan (ed.), Leksikon antičkih autora, Zagreb, 1996, 205, a o Veriju Flaku vidi op. cit., 603.

³¹ Jhering (bilj. 5), 168 i sl.

³² Budući da se najstariji legisakcijski proces, kako smo naveli, odvijao u strogo formalnom obliku, pretor je napose morao krajnje striktno nadzirati pridržavaju li se stranke u potpunosti propisanog procesnog rituala; vidi поближе u daljnjem izlaganju, pod 2.3.

³³ Jhering (bilj. 5), 172, bilj. 73.

2.2. Recepcija teorije samopomoći u prvoj polovini 20. st.

Širenju Jheringovih postavki napose su pridonijeli radovi austrijskog romanista Moriza Wlassaka (1854-1939), koji je prihvatio njegove osnovne teze o postanku i razvoju rimskog procesa te ih pokušao u svojim radovima detaljnije i produbljenije razraditi. Bit istraživanja tog pravnika o postanku rimskog procesa možda ponajbolje određuje jedan njegov vlastiti iskaz: “*Moj cilj bijaše i jest stvoriti čvrst temelj za tezu: rimski privatni proces ima svoje izvorište u obraničkom (arbitražnom) sudovanju*”.³⁴ Zbog toga se njegovo učenje o postanku rimskog procesa u romanističkoj literaturi uobičajeno naziva *Schiedsgerichtstheorie*, teorija o obraničkom (arbitražnom) sudovanju.³⁵

Navedenu svoju teoriju Wlassak je, na tragu Jheringa, uklopio u širu koncepciju o “strogo stupnjevitom razvoju” (*streng stufenmäßige Entwicklung*) rimskog procesa, koji obuhvaća sljedeće povijesne etape: 1. samopomoć; 2. privatni arbitražni proces; 3. poludržavni proces; 4. čisto državni proces. Kako vidimo, Wlassakova *Schiedsgerichtstheorie* sazdana je na temeljima Jheringove *Selbsthilfetheorie*, tvoreći s njom svojevrсно pravnoteorijsko jedinstvo. Navedene teorijske koncepcije izvršile su izniman utjecaj na romanistiku prve polovine 20. stoljeća te postale gotovo *communis opinio doctorum*.³⁶

No teorija samopomoći kao jezgra teorije o arbitražnom sudovanju imala je bitan utjecaj i izvan romanističke sfere. Tako su pojedini značajni autori smatrali da je i u ostalim antičkim pravima - primjerice u starobabilonskom i starogrčkom pravu - stadij samopomoći prevladan privatnom arbitražom kao

³⁴ Wlassak, Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren, ZSS (RA) 25 (1904) 139: “*Mein Ziel war und ist es, eine haltbare Grundlage zu schaffen für die These: der römische Privatprozeß hat seinem Ursprung im Schiedsgericht*”. Usp. i *idem*, Die Litiskontestation im Formularprozeß, in: Festschrift für B. Windscheid, Leipzig, 1899, 54 sq.; *idem*, Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer, Wien, 1917, 222; *idem*, Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse, Wien 1921, 247; *idem*, Die klassische Prozeßformel, Wien, 1924, 147 sqq.

³⁵ Detaljnije o *Schiedsgerichtstheorie* vidi Petrak, Arbitration as the Primary Form of Civil Proceedings? Contribution to the Criticism of the *Schiedsgerichtstheorie*, Croatian Arbitration Yearbook 11 (2004), 83 i sl., s uputama na daljnju literaturu.

³⁶ Tako su navedena shvaćanja slijedili npr. Koschaker, Rabel, Biondi, Mazeaud, Betti, Heuss, Bozza, Carrelli itd.; za podatke o radovima tih i ostalih autora koji slijede Wlassaka vidi Broggin, *Iudex arbiterve*, Prolegomena zum *Officium* des römischen Privatrichters, Köln/Graz, 1957, 7, bilj. 14.

prvobitnim oblikom procesa.³⁷ Također, kako je već istaknuto, i suvremena znanost građanskog procesnog prava u biti slijedi jheringovsko-wlasssakovsku paradigmu postanka i razvoja procesa.³⁸

Utemeljenost te paradigme u svojoj biti ovisi o dva ključna momenta. Kao prvo, može li se doista smatrati da je *litis contestatio* legisakcijskog procesa, u svojoj biti formalistički akt ugovorne naravi, izravni “potomak” prvobitnih ugovora o privatnoj arbitraži kojima se prevladavala samopomoć? Kao drugo, u kojoj je mjeri doista utemeljena Jheringova rekonstrukcija morfologije vindikacijskog rituala kod legisakcije *sacramento in rem* kao ključnog empirijskog temelja za tezu da je prvobitni oblik pravne zaštite bila samopomoć?

Što se tiče prvog ključnog momenta, valja istaknuti da su se sredinom četrdesetih i pedesetih godina prošlog stoljeća pojavili značajni romanistički radovi Kasera i Biscardijski koji su sasvim srušili tezu o ugovornom karakteru litiskontestacije u legisakcijskom procesu, a na uvidima tih autora temelje se i suvremena romanistička razmatranja o litiskontestaciji.³⁹ Sažeto rečeno,

³⁷ Za starobabilonsko pravo vidi Lautner, *Die richterliche Entscheidung und die Streitbeendigung im altbabylonischen Prozeßrecht*, Leipzig, 1922; za starogrčko pravo vidi Steinwenter, *Die Streitbeendigung durch Urteil, Schiedspruch und Vergleich nach griechischem Rechte*, München, 1925. Neće biti naodmet napomenuti kako je Steinwenter došao do zaključka da je privatno arbitražno sudovanje bilo prvobitni oblik starogrčkog procesa na temelju analize sudbene scene prikazane na Ahilovu štitu, koju je Homer opjevao u Ilijadi, 18. pjevanje, stihovi 497-508. Prema Steinwenterovoj interpretaciji, osoba istora (ἰστωρ) koja se spominje u tim stihovima, a kojoj se stranke u sporu obraćaju, zapravo je privatni arbitar. Stoga je, prema tom autoru, i ta sudbena scena jedna arhajska potvrda ispravnosti *Schiedsgerichtstheorie*; vidi Steinwenter, op.cit., 36 i sl. Različito tumačenje riječi “istor” pružio je svojedobno u nas Margetić (Pokušaj pravne interpretacije sudbene scene na Ahilovu štitu, *Zbornik radova posvećen A. Vajsu*, Beograd, 1966, 51 i sl.). Prema tom autoru, istor nije arbitar, već osoba javnog povjerenja, koja registrira pravno relevantne događaje u svojoj memoriji. No, Margetić taj specifični problem nije tematizirao u vidokrugu pitanja o postanku i razvoju procesa. Zaključno treba istaknuti da su određeni autori koji su u novije vrijeme analizirali tu sudbenu scenu (npr. H.J. Wolf, G. Thür) na temelju valjanih razloga odbacili *Schiedsgerichtstheorie* kao interpretacijsku paradigmu; vidi поближе Thür, Artur Steinwenter als Gräzist, *ZSS (RA)* 115 (1998) 432 i sl. O romanističkoj kritici navedene teorije vidi поближе u daljnjem izlaganju.

³⁸ Vidi naprijed pod 1; usp. i Juhart, *Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije*, Ljubljana, 1961, 1 i sl.; Ude, *Civilni pravdni postopek in samoupravni sudski postopek*, Ljubljana, 1980, 41.

³⁹ Vidi Kaser, *Zum Ursprung des geteilten römischen Zivilprozessverfahrens*, in: *Festschrift für L. Wenger*, vol. I, München, 1944, 126; Biscardi, *La litis contestatio nella procedura per*

zaključak navedenih istraživanja jest da *litis contestatio* u legisakcijskom procesu nipošto nije predstavljala ugovor parničnih stranaka. Za to se navode dva ključna argumenta. Kao prvo, solemno agiranje od kojeg se sastoji litiskontestacija ne odgovara nijednoj od poznatih rimskih ugovornih formi, a u arhaisko doba naravno ne postoji opći pojam ugovora pod koji bi se taj akt eventualno dao podvesti.⁴⁰ Kao drugo, isključuje se mogućnost da je izbor suca ulazio u sadržaj litiskontestacije, budući da je krajnje upitno je li u legisakcijskom procesu uopće postojao stranački izbor suca. Naime, kao što je razvidno iz Gajevih navoda o legisakciji *per iudicis arbitrive postulationem*, tužitelj je u strogo predviđenoj formi od pretora zahtijevao (*postulatio*), a pretor mu je davao (*datio*) suca.⁴¹ To davanje suca Gaj spominje i kod *legis actio sacramento*.⁴² Navedeno jednostrano tužiteljevo zahtijevanje potpuno je nespojivo s bilo kakvim predodžbama o ugovornom određivanju suca. Osim toga, evidentno je da konačnu riječ pri određivanju suca ima pretor, *datio iudicis* prije svega predstavlja akt pretorske vlasti.⁴³ Navedeni argumenti nedvojbeno upućuju na konstataciju da između litiskontestacije i njezina tobožnjeg preteče, ugovora o privatnoj arbitraži, nije postojala u povijesnoj zbilji nikakva sveza. No s tom konstatacijom ujedno pada u vodu i cjelokupna teorija o arbitraži kao prvobitnom obliku rimskog civilnog procesa (*Schiedsgerichtstheorie*). Dakle, legisakcijski proces ne može se smatrati "poludržavnim procesom" u kojem je privatna arbitraža stavljena pod kontrolu državnog pravosuđa. Time otpada i Jheringovo i Wlassakovo tumačenje porijekla dvodiobe u legisakcijskom procesu. Konačno, ako *litis contestatio* nije bila procesni ugovor, ne postoji nijedan dokaz za tvrdnju da je privatna arbitraža najstariji procesni oblik rješavanja sporova u Rimu, kojim je u određenom

legis actiones, in: Studi in onore di Vidi Arangio-Ruiz, III, Napoli, 1953, 461 i sl.; *idem*, Esquisse d'une critique de la *litis contestatio*, Revue historique du droit français et étranger (RH) 33 (1955), 1 i sl.

⁴⁰ Vidi Kaser/Hackl (bilj. 4), 79.

⁴¹ Vidi Gai. Inst. 4, 17, gdje se navodi da je tužitelj, u slučaju da tuženik poriče njegovu tužbu, trebao pretoru uputiti sljedeće riječi: "*QUANDO TU NEGAS, TE PRAETOR IUDICEM (SIVE ARBITRUM) POSTULO UTI DES*" ("Budući da ti poričeš, zahtijevam od tebe, pretore, da daš suca /ili arbitra/").

⁴² Vidi Gai. Inst. 4,15, gdje nailazimo na izraze poput "*iudex daretur*", "*dabatur iudex*" ili "*quam iudex datus esset*".

⁴³ Horvat, Deux phases du procès romain, in: Droits de l'antiquité et sociologie juridique. Mélanges Henri Lévy-Bruhl, Paris, 1959, 163 i sl.; *idem*, O dvodiobi u najstarijem rimskom civilnom procesu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 8 (1958) 139 i sl.; usp. Kaser/Hackl (bilj. 4), 79.

trenutku prevladan stadij samopomoći kao prvobitnog oblika pravne zaštite te čijim je kasnijim djelomičnim “podržavljenjem” nastao legisakcijski proces. Na temelju navedenih argumenata, romanistička je znanost u drugoj polovini 20. st. postupno odbacila *Schiedsgerichtstheorie*.⁴⁴ Praoblik rimskog civilnog procesa definitivno nije bila privatna arbitraža, čijim je “podržavljenjem” navodno nastao legisakcijski proces.

Polazeći od navedenog kritičkog romanističkog shvaćanja o naravi akta litiskontestacije, nije teško zaključiti da zahvaljujući njemu sasvim postaje upitnim i Jheringov temeljni uvid na kojem je kasnije zasnovana i *Schiedsgerichtstheorie*: da su počeci civilnog procesa kod drevnih Rimljana posvema različiti nego u svih ostalih naroda, jer da su Rimljani jedini narod koji je prevladao stadij samopomoći ugovornim rješavanjem pravnih sporova. Iluzija o tobožnjoj “naprednosti” i “racionalnosti” Rimljana, koji su navodno jedini bili kadri prevladati samopomoć na način da su strane u sporu posve slobodno ugovarale privatnu arbitražu, za razliku od svih ostalih naroda kod kojih je samopomoć kao prvobitni oblik pravne zaštite prevladana tako da se stranama u sporu kao nadređen autoritet morala nametnuti kakva božanska ili ljudska vlast, izgubila je u potpunosti svoju vjerodostojnost navedenim spoznajama novije romanistike.⁴⁵ Prema tome, u današnjoj se romanistici, za razliku od suvremene procesualistike, više ne nailazi na ozbiljnije sljedbenike *Schiedsgerichtstheorie*. Ako je, međutim, postavka da su Rimljani jedini prevladali stadij samopomoći privatnim arbitražnim sudovanjem doista izgubila svoju znanstvenu utemeljenost, postavlja se pitanje na koji se način u novijoj romanistici percipira Jheringovo shvaćanje da je samopomoć bila izvorni način pravne zaštite. Drugim riječima, ima li još uvijek znanstvenu vjerodostojnost njegova rekonstrukcija morfologije

⁴⁴ Usp. Talamanca (bilj. 12), 6, 22 i sl.; Kaser/Hackl (bilj. 4), 29 i sl., 79.

⁴⁵ Istini za volju, valja spomenuti da je Jhering u kasnijim izdanjima svojeg epohalnog djela *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* isticao da je njegov prikaz geneze rimskog civilnog procesa, koji se temelji na ideji prevladavanja stadija samopomoći kao prvobitnog oblika pravne zaštite ugovornim rješavanjem pravnih sporova, samo jedna hipotetska konstrukcija pravne predpovijesti (“*eine hypothetische Construction der Urzeit*”). On izričito napominje da navedene predodžbe ne vrijede za povijesno vrijeme u kojem *iurisdictio* magistrata posve sigurno ne proizlazi iz ugovorne volje stranaka u sporu, već je njima nadređen; vidi Jhering (bilj. 5), 169, bilj. 71. Međutim, u Wlassakovim radovima ne postoje te opravdane rezerve te je on očito smatrao da je navedena paradigma u cijelosti primjenjiva na analizu razvojnih etapa rimskog civilnog procesa.

vindikacijskog rituala kao pretpostavljena činjenična osnova shvaćanju da je samopomoć najstariji oblik pravne zaštite?

2.3. Modifikacije teorije samopomoći u drugoj polovini 20. st.

Međutim, ni novija romanistika nije se u toj potrazi mogla sasvim osloboditi Jheringova autoriteta i njegovih dalekosežnih uvida. Kroz mnoge suvremene radove, makar i nesvjesno, kao crvena nit i dalje se provlači njegova ideja da je u početku postojalo kaotično stanje "rata svih protiv svih" te da stoga samopomoć predstavlja izvorni način pravne zaštite. U potpunosti je, međutim, napušteno shvaćanje da su Rimljani prevladali stadij samopomoći rješavanjem pravnih sporova putem privatne arbitraže. Shodno tome, noviji autori koji u tematiziranju geneze civilnog procesa polaze od teorije samopomoći, smatraju, suprotno od shvaćanja tog velikog romanističkog autoriteta, da su i Rimljani pravladali stadij samopomoći identično ostalim narodima, tj. tako da se strana u sporu morao nametnuti nadređen autoritet. Prema rimskoj tradiciji taj je nadređeni autoritet u prvo doba republike bio vrhovni magistrat, tj. konzul, u rukama kojeg je bila i sudbena vlast.⁴⁶ Prije toga, u najstarijem rimskom razdoblju, tj. u doba kraljevstva, prema jednodušnom svjedočanstvu rimske tradicije, sva sudbena vlast (*iurisdictio*) bila je u rukama rimskog kralja (*rex*). Stoga će se u nastavku ukratko analizirati karakter vlasti rimskog kralja, s posebnim osvrtom na njegove sudbene ovlasti. Premda se na prvi pogled može smatrati kako navedena tema nema izravne sveze sa središnjom temom rada, uvjereni smo kako bez detaljnije analize karaktera vlasti rimskog kralja ne bi bilo moguće kritički preispitati temeljne postavke Jheringove *Selbsthilfetheorie*.

U posljednjih pedesetak godina, novija romanistika sve više poklanja povjerenje maloprije spomenutom jednodušnom svjedočanstvu rimske tradicije da je sva sudbena vlast (*iurisdictio*) u razdoblju kraljevstva bila koncentrirana u rukama rimskog kralja (*rex*).⁴⁷ Prvi relevantniji romanistički autor u 20. st. koji

⁴⁶ Vidi D. 1.2.2.16 (Pomp. 1 ench.): *Exacti deinde regibus consules constituti sunt duo: penes quos summum ius uti esset, lege rogatum est...*; o toj problematici vidi pobliže Wieacker (bilj. 12), 221 i sl.; Kunkel/Wittmann, *Staatsordnung und Staatspraxis der Römischen Republik*. II. Die Magistratur, München, 1995, 293 i sl.; Kaser/Hackl (bilj. 4), 37 i sl.; Rainer, *Einführung in das römische Staatsrecht. Die Anfänge und die Republik*, Darmstadt, 1997, 66 i sl.

⁴⁷ Vidi npr. D. 1.2.2.1 (Pomp. 1 ench.): *Et quidem initio civitatis nostrae populos sine lege certa, sine iure certo primum agere instituit omniaque manu a regibus gubernabantur*; usp. i

se još dvadesetih godina suprotstavio tada dominantnoj *Schiedsgerichtstheorie*, razvivši na temelju rimske tradicije tezu o kralju kao prvobitnom nositelju sve sudbene vlasti (*Vollgerichtsbarkeit*) u Rimu, bio je Leopold Wenger.⁴⁸ Nakon Drugog svjetskog rata mnogi romanisti prihvatili su navedenu tezu (npr. Kaser, Hoetink, Biscardi, Bohaček, von Lübtow, Gioffredi, Broggin, Pugliese, Behrends, Buti),⁴⁹ a u suvremenoj romanistici gotovo u potpunosti prevladava mišljenje da je rimski kralj bio prvobitni nositelj sudbene vlasti.⁵⁰

Da bi se preciznije odredila izvorna pravna narav kraljeve sudbene vlasti, potrebno je prethodno dati nekoliko napomena o temeljnim aspektima vlasti rimskog kralja općenito. U modernoj romanistici sve do polovine 20. stoljeća suvereno je dominirala Mommsenova konstrukcija rimskog kralja kao obnašatelja kako vrhovne političke, tako i vrhovne religijske vlasti. Navedeni autor ta je dva aspekta kraljevske vlasti oštro razlikovao.⁵¹ U novije vrijeme,

D. 1.2.2.14 (Pomp 1 ench.): “*Quod ad magistratus attinet, initio civitatis huius constat reges omnem potestatem habuisse.*”; od nepravni izvora vidi npr. Cic. De rep. 5.2.3: “*Nec vero quisquam privatus erat disceptator aut arbiter litis, sed omnia conficiebantur iudiciis regis*”; usp. i Cic. De rep. 2.21.38; vidi i Dion. 4.15.2; 4.26; 10.1.2; Lividi Ab urb. cond. 1.8.1; 1.26.5; 2.3.3; Ovid. fast. 2.492; 3.61; Metamorph. 14.823; Verg. Aen. 1.507; 5.758; 7.246. Dugo vremena vladala je u romanistici dvojba treba li navedenim rimskim vrelima pridati karakter vjerodostojnog historijskog izvora. Međutim, najznačajniji današnji poznavatelji rimskog civilnog procesnog prava odlučno smatraju da izvješća rimske tradicije o dobu kraljevstva ne bi trebalo samo tako prognati u “carstvo mitova” (“*Reich der Mythen*”) te da ih treba načelno tretirati kao vjerodostojna, sve dok ne postoje dostatno jaki razlozi za suprotno stajalište; vidi npr. Hackl, Gab es eine *provocatio ad populum* auch im Zivilprozess, in: Mélanges Fritz Sturm, Vol. I, Liège, 1999, 181 i sl.

⁴⁸ Wenger, Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts, München, 1925, 21 i sl.; *idem*, Wandlungen im römischen Zivilprozeßrecht, u: Abhandlungen zur antiken Rechtsgeschichte, Festschrift für Gustav Hanausek, Graz, 1925, 5 i sl.; *idem*, Vom zweigeteilten römischen Zivilprozeß, u: Studi in onore di Siro Solazzi, Napoli, 1948, 48 i sl.

⁴⁹ Za podatke o odnosnim radovima tih autora vidi Kaser/Hackl (bilj. 4), 33, bilj. 48.

⁵⁰ Vidi Talamanca (bilj. 12), 22 i sl.; Mayer-Maly, Römisches Privatrecht, Wien/New York, 1991, 182; Magdelain, De la royauté et du droit de Romulus à Sabinus, Roma, 1995, 11 i sl., 75 i sl.; Kaser/Hackl (bilj. 4), 30 i sl.; Gutiérrez Masson (bilj. 10), 255.

⁵¹ Navedene ideje Mommsen je, pod utjecajem onodobne liberalističke ideologije, sustavno razradio u svom fundamentalnom djelu *Römisches Staatsrecht* (Leipzig, 1871-1888). Iscrpnu i uvjerljivu suvremenu kritiku Mommsenove (ideologijski uvjetovane) postavke o oštroj distinkciji između religijske sfere i javnopravne sfere u rimskoj zajednici u početnim razdobljima rimske povijesti pružili su, primjerice, Thomas, Mommsen et l’ “isolierung” du droit. Rome, l’Allemagne et l’Etat, Paris, 1984; Sini, La negazione nel linguaggio

međutim, postupno prodire shvaćanje da navedena oštra podjela nikako nije mogla postojati u doba kraljevstva. Ona odgovara tek vremenu republike, kad su negdašnje kraljeve političke ovlasti prenesene na magistrature, a religijske na svećenike.⁵² U kraljevoj vlasti, međutim, religijska i politička sfera još uvijek čine nerazlučivo jedinstvo. Kralj je vladar rimske zajednice i u isto vrijeme posrednik između nje i nadnaravnog svijeta bogova. Odbacivši u navedenom smislu Mommsenovu konstrukciju, postavku o religijskom temelju cjelokupne kraljeve vlasti među prvim su zastupali De Francisci i Kunkel,⁵³ a navedeno shvaćanje postalo je dominantno u suvremenoj romanistici.⁵⁴

U tom kontekstu posebice se ističe da je osoba kralja izabirana u divinatorskom ritualu inauguracije (*inauguratio*) na način da je vrhovni bog Jupiter kao nebeski kralj (*Iuppiter rex*) bio svečano upitan je li određeni čovjek prava osoba za zemaljskog kralja, tj. ima li potrebne kraljevske osobine. Ako bi bog to htio svojim sudom potvrditi, poslao bi određeno znamenje (*signa certa*), putem ptica kao svojih vjesnika, za osobu koja bi po njegovoj volji trebala postati kralj.⁵⁵

precettivo dei sacerdoti romani, u: Bianco/Tafaro (eds.), *Il Linguaggio dei Giuristi Romani. Atti del Convegno Internazionale di Studi*, Lecce, 5-6 dicembre 1994, Galatina, 2000, 157 i sl., s uputama na daljnju literaturu.

⁵² Vidi Kunkel/Wittmann (bilj. 46), 28 i sl.

⁵³ Vidi De Francisci, *Primordia Civitatis*, Roma, 1959, 505 i sl., 511 i sl., 625 i sl.; Kunkel, *Zum römischen Königtum*, u: *Ius et lex. Festschrift zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller*, Basel, 1959, 19. (Tekst je reprintiran u knjizi Kunkelovih izabranih radova, *Kleine Schriften, Zum römischen Strafverfahren und zur römischen Verfassungsgeschichte*, Weimar, 1974, 363, koje izdanje ubuduće citiramo).

⁵⁴ Usp. npr. Von Lübtow, *Recht und Rechtswissenschaft im Rom der Frühzeit*, u: *Gesammelte Schriften. Abteilung I: Römisches Recht*, Rheinfeld/Freiburg/Berlin, 1989, 333 i sl.; Kaser/Hackl (bilj. 4), 30 i sl.; Mantel, *Geschichte des Römischen Rechts*, München, 2000, 12.

⁵⁵ Ritual inauguracije, počev od drugog kralja Nume Pompilija, provodili su auguri. Auguri su bili najstariji rimski svećenički kolegij. Oni su odgonetali volju vrhovnog boga Jupitera tako da su otkrivali i tumačili božansko znamenje, napose iz leta ptica. Prema navodu Tita Livija (*Ab urbe condita*, I. 18. 8-9), ta se inauguracija Nume Pompilija odvijala na sljedeći način. U prisutnosti kurijatske skupštine (*comitia curiata*) augur je stavio desnu ruku na Numinu glavu, istodobno držeći u lijevoj ruci augurski štap (*lituus*) te izgovarajući svečanu formulu inauguracije, kojom je zazivao Jupitera da uputi određeno znamenje ako je Numa, prema volji vrhovnog božanstva, prava osoba za kralja. Prema sadržaju inauguracijske formule, može se zaključiti da je taj akt izvorno predstavljao svojevrsni božji sud kojim se odlučivalo ima li osoba designirana za kralja čudotvorna svojstva koja je čine dostojnom biti izabranikom i posrednikom vrhovnog boga Jupitera; o svećeničkoj

Ritualom inauguracije na kralja je prenošena auguralna moć, na temelju koje je kralj postao mjerodavan otkrivaatelj i tumač božanskog znamenja. To znamenje odgonetalo se napose iz leta ptica, za koje se držalo da kao nebeska bića prenose volju Jupitera rimskoj zajednici. Takvo odgonetanje božje volje nazivalo se *auspicium*. Na toj religijskoj ovlasti kralja temeljila se cjelokupna njegova vlast, budući da se nijedan relevantniji državno-pravni čin nije mogao izvršiti, a da se prethodno nije ispitala volja bogova o tom pitanju, što je običaj koji se formalno održao sve do kasne republike.⁵⁶

Iznesene činjenice navode na zaključak da su i kraljeve sudbene ovlasti imale religijski temelj. Prema tome, može se pretpostaviti da je i prvobitni civilni proces bio prožet religijskim elementima. Na utemeljenost te pretpostavke upućuje ne samo podatak da je formulare legisakcija sve do 300. g. pr. Kr. kao tajno sveto znanje, nepristupačno javnosti, čuvao kolegij svećenika zvanih *pontifices*, kojima su se stoga stranke morale obraćati za pouku u svakom konkretnom sporu,⁵⁷

djelatnosti augurskog kolegija te napose auguralnom pravu (*ius augurale*) vidi pobliže temeljno djelo Pierangela Catalana, *Contributo alla storia del diritto augurale*, I, Torino, 1960; usp. i Linderski, *The Augural Law*, u: Haase/Temporini (eds.), *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt* (dalje u tekstu: ANRW) II/16.3., Berlin/New York, 1986, 2146 i sl.; o aktu inauguracije vidi pobliže Coli, *Regnum, Studia et documenta historiae et iuris* 17 (1951), 77 i sl.; De Francisci (bilj. 63) 431, bilj. 8, 517 i sl.; Kunkel (bilj. 63), 352 i sl.; Dumézil, *La religion romaine archaïque*, Paris, 1974, 494 i sl.; Manthe, *Stilistische Gemeinsamkeiten in den Fachsprachen der Juristen und Auguren der Römischen Republik*, u: Zimmermann (ed.), *Der Stilbegriff in den Altertumswissenschaften*, Rostock, 1993, 69 i sl., s uputama na daljnja relevantna antička vrela i literaturu.

⁵⁶ Vidi npr. Lividi *Ab urb. cond.* 6. 41: *...auspiciis hanc urbem conditam esse, auspiciis bello ac pace domi militiaeque omnia geri...*; usp. i Horvat, *Rimska pravna poviest*, Zagreb, 1943, 49; *idem* (bilj. 84), 144.

⁵⁷ Nakon svrgnuća kraljevstva, pontifikalni kolegij (*collegium pontificium*), po svom postanku mladi od augurskog svećeništva, postupno je koncentrirao u svojim rukama najveći dio religijske vlasti u Rimu. *Pontifices* nisu bili svećenici u službi samo jednog božanstva, kao *flamines*, već upućenici u općenita religijska pitanja vezana uz javno i privatno bogoštovlje; vidi Cic. *De orat.* 3. 134; Cic. *De leg.* 2.8.20. Tako su npr. *pontifices* određivali kada se, gdje i u kojem propisanom obliku ima izvršiti određeni ritual. Prema tome, oni su bili čuvari religijskih formula i uređivali rimski kalendar, koji je između ostalog određivao u kojim se danima smije vršiti pravosuđe (*dies fasti*), a u kojima ne (*dies nefasti*). Kako su najstariji rimski pravni akti, pa tako i legisakcije, bili oblikovani posve po uzoru na religijske forme i prožeti religijskim predodžbama, razumljivo je da su ih *pontifices* čuvali kao tajno sveto znanje. Istovjetno, dakle, kao i u pitanjima religijskih rituala, *pontifices* su, na zamolbu stranaka, otkrivali gdje, kada i u kojem se striktnom obliku može poduzeti

nego s tim u svezi i spomenuti ritualni karakter legisakcije *sacramento in rem*.⁵⁸ U tom kontekstu treba napomenuti kako pojedini suvremeni romanisti (npr. Bretoni, Liebs, Gutiérrez Masson), na temelju valjanih razloga, smatraju da se pojam “*lex*” u izrazu “*legis actio*” u najstarije vrijeme nije rabio u smislu “zakon”, već u značenju “ritual” ili “formula”, pa bi stoga “*lege agere*” prvobitno trebalo značiti: “djelovati posredstvom određene verbalne ili ritualne strukture”.⁵⁹

Imajući u vidu spomenute činjenice, brojni romanisti koji su u posljednjih pedesetak godina pri razmatranju postanka civilnog procesa polazili od teorije samopomoći, posvetili su posebnu pozornost ritualnim aspektima najstarijeg legisakcijskog procesa. U navedenom kontekstu posebice se ističu radovi Düll, Kaser, Gioffredia, Horvata i Dekkersa, nastali sredinom 20. stoljeća. Polazeći od Jheringovih shvaćanja da vindikacijski ritual sa svojim svečanim riječima, gestama i simbolikom zapravo predstavlja prividni procesni dvoboj (*Scheinkampf*) dviju stranaka te da ritualna struktura tog simboličkog dvoboja upućuje na zaključak kako se sukob oko prava u pretpovijesno vrijeme rješavao u obliku realnog dvoboja, tj. samopomoći kao najstarijeg načina pravne zaštite,⁶⁰ spomenuti romanistički autori povezali su tu Jheringovu interpretaciju porijekla ritualnih aspekata najstarijeg legisakcijskog procesa s Wengerovom tezom o kralju (*rex*) kao prvobitnom nositelju sudbene vlasti u Rimu. Modificirajući time izvornu teoriju samopomoći, oni su zastupali shvaćanje da uporaba gole fizičke sile kao načina rješavanja konflikata više nije dolazila u obzir od trenutka kad se formirala zajednica te kralj nametnuo za vrhovnog autoriteta u svim božanskim i ljudskim stvarima. Prema shvaćanju tih autora, stadij samopomoći isprva je prevladan tako što je negdašnji puki fizički sukob, izvorno nevezan bilo

pojedini pravni akt. Prema tome, *pontifices* su bili prvi tumači prava, a time i začetnici pravne znanosti (vidi D. 1.2.2.6 (Pomp. 1 ench.); usp. поближе Wieacker, *Altrömische Priesterjurisprudenz*, u: *Iuris professio*, Festgabe für M. Kaser, Wien/Köln/Graz, 1986, 347 i sl.; Humbert, *Droit et religion dans la Rome antique*, u: *Mélanges F. Wubbe*, Fribourg, 1993, 191 i sl. Prema rimskoj predaji, tajne formule legisakcija divulgirao je i time profanizirao oko 300. g. pr. Kr. *Gnaeus Flavius*, ukravši ih cenzoru Apiju Klaudiju čiji je bio pisar (vidi D. 1.2.2.7 (Pomp. 1 ench.); usp. Wieacker, (bilj. 12), 524 i sl. Tim aktom načinjen je značajan korak ka desakralizaciji i laicizaciji prava u Rimu.

⁵⁸ O *legis actio sacramento in rem* i njezinom ritualnom karakteru usp. naprijed pod 2.1. te u daljnjem izlaganju pod 2.3. i 3.

⁵⁹ Vidi Bretoni, *Storia del diritto romano*, Roma/Bari, 1999, 93; usp. i Liebs, *Römisches Recht*, Göttingen, 1999, 28; Gutiérrez Masson (bilj. 10), 254 i sl.

⁶⁰ O navedenoj Jheringovoj rekonstrukciji vidi поближе naprijed pod 2.1.

kakvim pravilima, preobražen u božji sud u obliku sudbenog fizičkog dvoboja i time ukroćen strogim ritualnim formama religijskog sadržaja. Vindikacijski ritual, opisan u Gajevim Institucijama, isprva nije predstavljao tek puku prividnu borbu suprotstavljenih strana, već se izvorno radilo o obredu sudbenog fizičkog dvoboja za apsolutnu vlast nad određenom stvari ili osobom u kojem je uporaba fizičke sile kanalizirana u striktno ritualne forme. Prije samog otpočinjanja tog sudbenog dvoboja, svaka bi od strana solemno zazvala božju pomoć, prisegnuvši da je pravo baš na njezinoj strani, a pobjeda u tom ritualnom fizičkom dvoboju sada više ne bi bila tek puko “pravo jačega” (*Faustrecht*), jer bi pobjedniku božanstvo pomoglo u borbi i potvrdilo da je pravo na njegovoj strani.⁶¹ Shodno tome, kralj i zajednica bespogovorno bi priznali to pravo (*ius*). Sa svoje strane, kralj bi strogo nadgledao jesu li strane u tom sudbenom dvoboju postupale u skladu s pravilima koja vrijede za taj ritual te na kraju dvoboja svečano proglasio na čijoj je strani pravo. Tijekom vremena, realni se dvoboj u obliku božjeg suda navodno pretvorio u puki simbolički dvoboj na koji nailazimo u ritualnoj strukturi legisakcije *sacramento in rem*.⁶²

Navedena hipoteza o postanku procesa zapravo je jezgra nove varijante teorije samopomoći. Prema njoj, prvobitni proces nastaje ritualizacijom fizičke borbe, samopomoć kao prvobitni način pravne zaštite prevladana je uz pomoć rituala. Nakon nastanka zajednice i institucija vlasti, uporaba fizičke sile u “borbi za pravo” dopuštena je još samo u obliku ritualnih akata, čiju pravilnu provedbu strogo nadzire kralj. Putem tog rituala otkriva se tko je ovlaštenik prava (*ius*), a svaka uporaba sile izvan predviđenog rituala tretira se kao kažnjivi protupravni čin (*iniuria*). Prema toj novoj varijanti teorije samopomoći, fizička

⁶¹ Prema mjerodavnom shvaćanju Vladimira Bayera, uporaba božjeg suda kao pravno-religijskog rituala počiva na dvije temeljne pretpostavke. Prvo, na pretpostavci da su božanstvu poznati svi događaji iz prošlosti i, drugo, “da ljudi mogu stanovitim, točno određenim činima proizvesti da božanstvo pokaže vidljivim znakom koja od dvije protivne strane koje su u sporu govori istinu (ili ‘ima pravo’)”; vidi Bayer, *Kazneno procesno pravo - odabrana poglavlja*, knjiga II, Povijesni razvoj kaznenog procesnog prava, Zagreb, 1995, 48.

⁶² Navedene postavke kao elemente modificirane teorije samopomoći zastupali su npr. Düll, *Vom vindex zum iudex* (Fortsetzung und Schluß), ZSS (RA) 55 (1935), 9 i sl.; Kaser, *Das altrömische jus*, Göttingen, 1949, 18 i sl.; Gioffredi, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, 110 i sl.; Horvat (bilj. 47), 144 i sl.; Dekkers, *Des ordalies en droit romain*, *Revue internationale des droit de l'antiquité*, 1 (1948), 55 i sl., s uputama na daljnju literaturu.

sila (*vis*) i nadalje može postati “majka prava” (“*Mutter des Rechts*”),⁶³ no odsada samo i isključivo u okviru strogih oblika najstarijeg procesnog rituala, koji bi se na tragu navedene Jheringove metaforike mogao nazvati “ocem prava” (“*Vater des Rechts*”).

Postavlja se pitanje ima li ta nova verzija teorije samopomoći uporište u rimskim vrelima koja se odnose na legisakciju *sacramento*. Valja primijetiti da se argumenti za tezu da je prvobitni proces nastao ritualizacijom fizičke borbe i dalje u velikoj mjeri oslanjaju na Jheringovu raščlambu morfologije te najstarije legisakcije.⁶⁴ Prije svega, prihvaćena je njegova postavka da vindikacijski ritual sadržava u sebi obilježja prividne ili “stilizirane” samopomoći, tj. puke forme koje upućuju na činjenicu da su se sporovi nekoć rješavali putem realne samopomoći. Na postojanje fizičkog dvoboja kao prvobitnog načina rješavanja sporova, uz etimologijsko tumačenje riječi *vindicta* ili *vindicare* kao složenica od *vis* i *dicere* u smislu “pokazati, demonstrirati silu”, trebali bi ukazivati i neki drugi elementi vindikacijskog rituala, a prije svega činjenica da suprotstavljene strane obostrano zahvaćaju sporni predmet svojom desnom rukom (*manum conserere*),⁶⁵ istodobno dodirujući taj predmet štapom (*vindicta*), kojeg bi samo ime već imalo uputiti na njegovu prvobitnu funkciju oružja u realnom dvoboju.⁶⁶

⁶³ Jhering (bilj. 5), 114.

⁶⁴ O Jheringovoj interpretaciji strukture vindikacijskog rituala vidi pobliže naprijed pod 2.1.

⁶⁵ U navedenom kontekstu, zanimljivo je spomenuti kako je još rimski pjesnik Kvint Enije (239-169 pr. Kr.), stavio u određenu svezu vindikacijski ritual i ratni sukob, tj. *manum conserere* kao obostrano zahvaćanje spornog predmeta u vindikacijskom ritualu i *rem repetere* kao dio rimskog ratnog rituala: *pellitur e medio sapientia, vi geritur res/...non ex iure manum consertum, sed magis fero rem repetunt* (Enn. ann. 248 i sl.). To je navelo neke romaniste na zaključak da je Enije u citiranim stihovima usporedio proces i rat, što bi išlo u korist teze da se i prvobitni rimski proces odvijao u obliku sudbenog fizičkog dvoboja; vidi npr. Düll (bilj. 62), 10 i sl.; Kaser (bilj. 62), 18 i sl.; Gioffredi (bilj. 62), 113 i sl.; Horvat (bilj. 43), 144 i sl.; Tondo, Aspetti simbolici e magici nella struttura della *manumissio vindicta*, Milano, 1967, 107 i sl.; u najnovije vrijeme navedeno mišljenje prihvaćaju npr. Bürge (bilj. 10), 48 i sl.; Gutiérrez Masson (bilj. 10) 259 i sl.; Bretone, I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura, Roma/Bari, 1999, 46 i sl. Nama se, međutim, čini da Enije u navedenim stihovima uopće ne povlači analogiju između navedenih dvaju rituala, već da ih kontrapostira.

⁶⁶ Usp. npr. Horvat (bilj. 43), 143: “*Vindicatio*, koja se izvodi od *vim dicere*, zatim zahvaćanje predmeta spora, dodirivanje istoga palicom (*festuca*), koja bi imala biti simbolom koplja (prema Gioffredi-u), odnosno simbolom vlasništva (tako Lévy-Bruhl, usvajajući Gajevo tumačenje) - sve ovo upućuje na izvorno istinsko neprijateljstvo odnosno borbu, možda

Prema mišljenju spomenutih romanista koji su u posljednjih pedesetak godina analizirali početke rimskog civilnog procesa, a kojima u najnovije vrijeme treba pribrojiti i shvaćanja Cannata, Bürgea, Gutiérreza Masson i Bretona,⁶⁷ navedeni argumenti čvrsta su potkrepa ispravnosti postavke o ritualizaciji nekoć nekontroliranih akata fizičkog nasilja kao presudnom čimbeniku u oblikovanju prvobitnog procesa.

U svezi s navedenim modifikacijama teorije samopomoći, nužno je obratiti pozornost na još jedan specifičan problem. Sljedbenici te novije varijante teorije samopomoći smatraju da je prvobitni rimski proces nastao ritualizacijom fizičkog dvoboja i njegovim pretvaranjem u božji sud. Kako su moderni romanisti dospjeli do tog zaključka?⁶⁸ Postavljena je hipoteza da je prije samog sudbenog fizičkog dvoboja svaka od strana ritualno zazvala božju pomoć, prisegnuvši da je pravo baš na njezinoj strani. Zahvaljujući tom zazivu u obliku prisege, procesni bi ritual trebao imati karakter božjeg suda. Postoji li uporište za tu tvrdnju u rimskim vrelima koja se odnose na legisakciju *sacramento*? Valja krenuti od samog naziva najstarije legisakcije, od riječi *sacramentum*. Kako smo detaljnije raščlanili,⁶⁹ vindikacijski je ritual kulminirao u međusobnom pozivanju na sklapanje procesne oklade o tome tko je u pravu. Riječ *sacramentum*, po kojoj

dapače na sudbeni dvoboj za stvar. U Gajevu vindikacionom ritualu dolazi, dakako, do izražaja još samo simbolizirani ostatak ove borbe”.

⁶⁷ Pored radova autora spomenutih naprijed, bilj. 62, vidi i Cannata, *Violenza fitizia e violenza reale nelle strutture primigenie del processo privato romano*, u: *Studi in onore di C. Sanfilippo*, Milano, 1983, 160 i sl.; Bürge (bilj. 10) 45 i sl., i Gutiérrez Masson (bilj. 10) 253 i sl.; usp. i Breton (bilj. 65), 46 i sl.; Guarino, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001, 160 i sl.

⁶⁸ Zanimljivo je spomenuti kako je navedenu zamisao da *legis actio sacramento* ima svoje porijeklo u božjem sudu (*Gottesurteil*) posve ukratko iznio također već Rudolph von Jhering, u svom nedovršenom i posthumno objavljenom djelu *Vorgeschichte der Indoeuropäer*; vidi Jhering, *Vorgeschichte der Indoeuropäer*, Leipzig, 1894, 436. Nažalost, Jhering nije stigao tu zamisao detaljnije razraditi, a niti je uklopiti u svoju teoriju o postanku i razvoju rimskog civilnog procesa. Navedena bi spoznaja možda potaknula Jheringa da revidira neke svoje temeljne teze iznesene u djelu *Geist des römischen Rechts*, prije svega konstataciju da su Rimljani, za razliku od drugih naroda, prevladali stadij ugovornim rješavanjem pravnih sporova. Da je Jhering dospio tu svoju posljednju spoznaju o podrijetlu legisakcije *sacramento* sustavno uklopiti u teoriju samopomoći, možda bi baš on prvi došao do zaključka da je prvobitni rimski proces nastao ritualizacijom fizičkog dvoboja i njegovim pretvaranjem u božji sud. Taj je korak, međutim, učinjen u romanistici tek pedesetak godina poslije.

⁶⁹ Vidi поближе naprijed pod 2.1.

je legisakcija dobila ime, označuje od doba Zakonika XII ploča okladnu svotu, koju je kao kaznu plaćala državi ona stranka koja je izgubila parnicu.⁷⁰ U starije vrijeme, međutim, kako navodi Varon, obje su stranke već pri sklapanju procesne oklade polagale svoja *sacramenta* u hram, a svota bi se vraćala samo pobjedniku u procesu.⁷¹ Također, sve do nekoliko godina prije donošenja Zakonika XII ploča, *sacramenta* se nisu polagala u novcu, već u određenom broju grla stoke.⁷² Zahvaljujući sačuvanom Festovu određenju riječi *sacramentum*, moguće je vratiti se još dalje u prošlost: "*sacramento dicitur, quod iuris iurandi sacratione interposita actum est*".⁷³ Na temelju navedenog određenja postaje razvidnim da je pojam *sacramentum* prvobitno bio "u vezi s predodžbama o *sacra* i *saceritetu*".⁷⁴ Prema vladajućoj interpretaciji Festova fragmenta, koju u novije vrijeme zastupaju, primjerice, Kaser, Wieacker, Guarino, Talamanca, Hackl i Manthe, riječ *sacramentum* u kontekstu procesa izvorno je označavala prisegu kojom čovjek na sebe uvjetno zaziva prokletstvo (*saceritet*) za slučaj da njegova vindikacija ne odgovara istini.⁷⁵ Rimljani su prisezali na vrhovnog boga Jupitera.⁷⁶ Stoga bi krivokletnika - na temelju vlastitog ritualnog zaziva koji je prethodno izrekao u prisezi - snašla sankcija *saceriteta*. Čovjek pogođen *saceritetom* (*homo sacer*) bio je izopćen iz rimske zajednice i posvećen povrijeđenom božanstvu (*consecratio*)

⁷⁰ Vidi Gai. Inst. 4, 13; usp. Talamanca (bilj. 12), 14 i sl.; Hackl, Der Sakramentprozeß über Herrschaftsrechte und die *in iure cessio*, ZSS (RA) 106 (1989), 154; Kaser/Hackl (bilj. 4), 82 i sl.

⁷¹ Varro, De ling. Lat. 5. 180: *Si est ea pecunia quae in iudicium venit in litibus, sacramentum a sacro; qui petebat et qui infitiabatur, de aliis rebus uterque quingenos aeris ad pontificem deponebant, de aliis rebus item certo alio legitimo numero actum; qui iudicio vicerat, suum sacramentum e sacro auferebat, victi ad aerarium redibat*"; usp. Talamanca (bilj. 12), 14 i sl.; Hackl (bilj. 70), 154; Kaser/Hackl (bilj. 4), 83.

⁷² Ciceron u svom djelu *De re publica* (2.35.60) navodi da je 454. g. pr. Kr. donesena *lex Tarpeia Aternia*, zakon koji je određivao da se *sacramentum* više ne polaže u grlima stoke, već u novcu; usp. Talamanca (bilj. 12), 14 i sl.; Hackl (bilj. 70), 154; Kaser/Hackl (bilj. 4), 83 i sl.

⁷³ Fest. s. vidi *sacramentum* (ed. Lindsay, 466): "Sakramentom se naziva ono što je učinjeno s ciljem posvećenja prisege".

⁷⁴ Cit. Horvat (bilj. 47), 143.

⁷⁵ Usp. Talamanca (bilj. 12), 14 i sl.; Wieacker (bilj. 12), 256, napose bilj. 96; Hackl (bilj. 70), 153 i sl.; Kaser/Hackl (bilj. 4), 83 i sl.; Manthe (bilj. 54), 18 i sl.; Guarino (bilj. 67), Napoli, 2001, 175.

⁷⁶ Vidi poblizhe Calore, "Per Iovem lapidem" alle origini del giuramento. Sulla presenza del "sacro" nell'esperienza giuridica romana, Milano, 2000, 35 i sl.

te ga je svatko mogao nekažnjeno ubiti.⁷⁷ Kako sama presuda kod legisakcije *sacramento* nije sadržavala izravnu odluku o spornom pravu, već se njome samo utvrđivalo čiji je *sacramentum iustum*, a čiji *iniustum*,⁷⁸ u najstarije vrijeme, prema navedenoj rekonstrukciji, pobjednik u sporu bila bi osoba za koju se utvrdilo kako je istinito prisegnula da je pravo na njezinoj strani (*sacramentum iustum*). Naprotiv, njezin bi protivnik, jer je krivo prisegnuo (*sacramentum iniustum*) i time povrijedio vrhovno božanstvo, postao *homo sacer*. Prema tome, krivokletstvo je u procesu izvorno predstavljalo neiskupljiv zločin (*scelus inexpiabile*), tj. povredu božanstva koja se nije mogla iskupiti prinošenjem žrtvene životinje (*piaculum*), već jedino konsekracijom krivokletnika povrijeđenom božanstvu. U kasnije vrijeme, međutim, stranke bi položile određeni broj grla stoke u hram. To znači da u to doba parnična stranka više nije sama sebe izlagala kobnoj mogućnosti konsekracije, već se njezina prisega, tj. *sacramentum*, umjesto na nju samu, odnosila na njezinu stoku. Kako je jedna od stranaka nužno morala krivo prisegnuti, njezina bi stoka, nakon presude, za kaznu (*poena sacramenti*) bila zadržana kao *piaculum* koji će se prinijeti božanstvu povrijeđenom krivokletstvom. Prema tome, procesno krivokletstvo tijekom vremena prestalo je biti *scelus inexpiabile* te postalo *scelus expiabile*, zločin iskupljiv prinošenjem žrtvenih životinja (*piaculum*).⁷⁹ Postupnom desakralizacijom procesa, prisega, međutim, nestaje iz legisakcije *sacramento*, a pojam *sacramentum* zadržao se kao naziv za svotu koju je kao kaznu morala platiti državi ona stranka koja je izgubila parnicu.⁸⁰

Na temelju navedene raščlambe razvoja pojma *sacramentum* može se zaključiti da je najstariji rimski civilni proces doista imao karakter božjeg suda. Svaka od strana zazivala je Jupitera, prisežući mu svojom glavom da je pravo baš na njezinoj strani. Sukladno suvremenoj varijanti teorije samopomoći, nakon položenih prisega uslijedio bi ritualizirani fizički dvoboj.⁸¹ Putem tog sudbenog

⁷⁷ O sankciji saceriteta i pojmu *homo sacer* vidi pobliže Jaramaz-Reskušić, Opća obilježja rimskog kaznenog prava u razdoblju kraljevstva (754-509 g.pr.n.e.), Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 6 (1999), 920 i sl., s uputama na daljnju literaturu.

⁷⁸ Vidi pobliže naprijed pod 2.1.

⁷⁹ Usp. Kaser/Hackl (bilj. 4), 84 i sl.; Gutiérrez Masson (bilj. 10), 257 i sl.; općenito o razlici između *scelus inexpiabile* i *scelus expiabile* vidi pobliže Jaramaz-Reskušić (bilj. 77), 920 i sl., 946 i sl., s uputama na daljnju literaturu.

⁸⁰ Usp. Horvat (bilj. 43), 143; Talamanca (bilj. 12), 14 i sl.; Wieacker (bilj. 12), 256, bilj. 96; Kaser/Hackl (bilj. 4), 84 i sl.; Gutiérrez Masson (bilj. 10), 257 i sl.

⁸¹ Vidi naprijed pod 2.3.

dvoboja, koji je zbog prethodnog prisezanja na Jupitera imao karakter božjeg suda, utvrdilo bi se čija je prisega bila istinita, a čija lažna. Za pobjednika u dvoboju smatralo se da je istinito prisegnuo jer je božanstvo stalo na njegovu stranu i podarilo mu pobjedu. S druge strane, smatralo se da je poraženi izgubio sudbeni dvoboj, a time i proces, zbog toga što je počinio krivokletstvo i na taj način izazvao osvetu božanstva. Ako ne bi poginuo već u samom vindikacijskom dvoboju, postao bi *homo sacer*, izopćen iz rimske zajednice i konsekriran povrijeđenom božanstvu, pa stoga ubojstvo takve osobe nije bilo kazneno djelo.⁸²

Opisana novija varijanta teorije samopomoći, usprkos odbacivanju postavke da su Rimljani bili jedini narod koji je stadij samopomoći prevladao putem privatne arbitraže, još uvijek iznimno mnogo duguje Jheringovu pravnom mišljenju. Prije svega, prihvaćen je *leitmotiv* njegova pravnog mišljenja da je fizička sila (*vis*) najstariji izvor prava (*ius*), a samopomoć prvi oblik pravne zaštite.⁸³ Štoviše, noviji sljedbenici teorije samopomoći, još više nego sam Jhering, ističu ulogu gole sile (*vis*), smatrajući da je prvobitni proces nastao ritualizacijom fizičkog dvoboja. Zahvaljujući prihvaćanju navedenih temeljnih teorijskih postavki, također je u velikoj mjeri preuzeta i Jheringova interpretacija vrela koja se odnose na legisakciju *sacramento in rem*, napose pak argumenti kojima je taj pravnik, gledajući kroz prizmu teorije samopomoći, pokušao dokazati da struktura vindikacijskog rituala nepobitno upućuje na činjenicu da su se sporovi u prvobitno doba rješavali samopomoću.⁸⁴

Navedena Jheringove teorijska razmatranja nedvojbeno su iznimno lucidan i inspirativan pokušaj objašnjenja postanka i osnovnih odrednica razvitka rimskog civilnog procesa. Isto tako, međutim, držimo da navedeno objašnjenje nije spojivo s najstarijom rimskom zbiljom, što ćemo u zaključku rada pokušati ukratko obrazložiti. Najprije ćemo se usredotočiti na teorijski aspekt te nastojati upozoriti na upitnost samih temeljnih postavki na kojima je sazdana teorija samopomoći. Nakon toga, pokušat ćemo pokazati u kojoj su mjeri upitni teo-

⁸² Vidi npr. Kaser, Vom Ursprung des römischen Rechtsgedankens, u: Moschetti (ed.), Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto in Verona (1948), II, Milano, 1951, 21 i sl.; usp. i Broggin, La prova nel processo romano arcaico, u: *idem*, *Coniectanea*. Studi di diritto romano, Milano, 1966, 157; Gutiérrez Masson (bilj. 10), 257 i sl.

⁸³ O osnovnim elementima Jheringove teorije samopomoći (*Selbsthilfetheorie*) vidi поближе naprijed pod 2.1.

⁸⁴ Vidi поближе naprijed pod 2.1.

rijski temelji pridonijeli pogrešnoj interpretaciji sačuvanih vrela koja se odnose na legisakciju *sacramento in rem*.

3. KRITIKA TEORIJE SAMOPOMOĆI

Jheringova teorija samopomoći, kako je zaključeno, temelji se na pretpostavci da je u predrđržavno doba postojalo stanje rata svih protiv svijui, nesputano bilo kakvim pravilima,⁸⁵ te da je jedino pravo koje može postojati u takvim okolnostima tzv. pravo jačega (*Recht des Stärkeren*). Premda je Jhering isticao da je njegovo shvaćanje geneze rimskog procesa samo hipotetska konstrukcija pravne pretpovijesti (*“eine hypothetische Construction der Urzeit”*),⁸⁶ na navedene ograde ne nailazi se u brojnih kasnijih sljedbenika teorije samopomoći, počev od Wlassaka,⁸⁷ koji su Jheringovu hipotetsku konstrukciju posve projicirali na najstariju rimsku zbilju.

Kako imamo namjeru dokazati da je teorija samopomoći kao “hipotetska konstrukcija” neprimjenjiva pri razmatranju postanka rimskog civilnog procesa, dužni smo sažeto raščlaniti filozofijske temelje te teorije, u potpunosti nespojive s izvornom rimskom duhovnošću i predodžbama koje su sami Rimljani u početnom razdoblju svoje povijesti morali imati o civilnom procesu. Prije svega, Jheringova konstrukcija “nulte točke” povijesti u kojoj vlada rat svih protiv svijui, a sila jačega jedino je pravo, vidno se oslanja na naturalističke teorije druge polovine 19. st., prije svega na darvinističke evolucionističke hipoteze. Darwinov princip selekcije, tj. shvaćanje da samo najizdržljivije vrste preživljavaju u nemilosrdnoj i konstantnoj borbi za život (*struggle for life*), Jhering je prenio u sferu prava (*Kampf ums Recht*), usvojivši ga kao jedno od bitnih ishodišta svojih filozofsko-pravnih razmatranja. Time je njegovo pravno mišljenje zadobilo obilježja svojevrsnog “socijalnog darvinizma”. Shodno tome, i njegove postavke o genezi prava i procesa, iznesene u djelu *Geist des römischen Rechts*, evidentno slijede tu darvinističku paradigmu.⁸⁸ Projicirajući

⁸⁵ Jhering (bilj. 5), 107 i sl.

⁸⁶ Jhering (bilj. 5), 169, bilj. 71.

⁸⁷ O Wlassakovim shvaćanjima vidi pobliže naprijed pod 2.2.; usp. i Petrak (bilj. 35) 83 i sl.

⁸⁸ O Jheringovom socijalnom darvinizmu vidi npr. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung), Göttingen, 1967, 450 i sl.; *idem*, Rudolph von Ihering, ZSS (RA) 86 (1969) 9 i sl.; 25 sqq; *idem*,

navedena prirodoznanstvena učenja na socijalnu zbilju, Jhering je ujedno dao novo ruho određenim mnogo starijim filozofijskim koncepcijama, koje su u sebi sadržavale analogne misaone motive. Mislimo tu prije svega na teze engleskog filozofa Thomasa Hobbesa (1588-1679), budući da je taj filozof prvi zastupao shvaćanje kako je primordijalno, tj. naravno čovjekovo stanje (*status naturalis*), rat svih protiv svih (*bellum omnium in omnes*),⁸⁹ napustivši time na radikalan način tradicijsko shvaćanje, utemeljeno u srednjovjekovnoj katoličkoj teologiji, da je čovjek u svom izvornom i naravnom stanju, tj. prije istočnog grijeha (*peccatum originale*), živio u sveopćem miru i skladu s Bogom, svijetom i ljudima.⁹⁰ Tome nasuprot, prema Hobbesu, u spomenutom naravnom stanju (*status naturalis*) koje postoji prije postanka države vlada isključivo zakon samoodržanja i egoizam. Svaki pojedinac ima naravno pravo na sve stvari, što razumljivo izaziva mnoge sukobe, no strah od smrti i uništenja postupno prisiljava pojedince da okončaju to ratno stanje. Hobbes, naime, smatra kako je osnovni zakon naravi i opće pravilo razuma da svatko teži za mirom. Stanje mira, međutim, može se ostvariti tek s postankom državne vlasti. Prema tome, sam razum nalaže osnivanje države. Ona nastaje na temelju društvenog ugovora, kojim se svi pojedinci međusobno odriču jednog dijela svojih naravnih prava i prenose ga na suverenu vlast.⁹¹ Već to krajnje šturo navođenje nekih osnovnih Hobbesovih zamisli o nastanku države dostatno pokazuje kako su Jheringova razmatranja o postanku rimskog civilnog procesa u odlučnoj mjeri prožeta istovrsnim postavkama. Evidentno je da je *Selbsthilfetheorie* samo jedna pravnoteorijska varijacija na temu o naravnom čovjekovu stanju kao “ratu svih

Ihering und der “Darvinismus”, in: Paulus/Diederichsen/Canaris (eds.), Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München, 1973, 63 i sl.

⁸⁹ Sintagmom “*bellum omnium in omnes*” Hobbes se koristi prvi put u svome djelu *De cive* (1, 12) iz 1642. g.: *Negari non potest, quin status hominum antequam in societatem coiretur, bellum fuerit; neque hoc simpliciter, sed bellum omnium in omnes.*

⁹⁰ O navedenom kršćanskom učenju u kontekstu srednjovjekovnih teorijskih razmatranja o naravnom pravu vidi pobliže npr. Verdroß, *Abendländische Rechtsphilosophie*, Wien, 1958, 66 i sl., s uputama na daljnju literaturu.

⁹¹ O Hobbesovim filozofijsko-političkim idejama vidi npr. Macpherson, *Introduction*, u: Hobbes, *Leviathan*, (Penguin Classics), Harmondsworth, 1986, 9 i sl., s uputama na daljnju literaturu. Posebno o njegovu učenju o društvenom ugovoru vidi pobliže npr. Gough, *The Social Contract. A Critical Study of its Development*, Oxford, 1957, 105 i sl.; Kersting, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, Darmstadt, 1994, 59 i sl., s uputama na daljnju literaturu.

protiv svijui".⁹² Pored toga, postavka tog znamenitog romanista da su Rimljani, za razliku od drugih naroda, prevladali stadij samopomoći na racionalan način, tj. ugovornim rješavanjem sporova, očito nije ništa drugo nego primjena koncepcije o društvenom ugovoru u okviru razmatranja pitanja o genezi rimskog civilnog procesa.⁹³

Na temelju detaljne raščlambe, utvrđeno je da ta posljednja postavka o racionalnom prevladavanju stadija samopomoći ne odgovara povijesnoj istini.⁹⁴ Kako stoji stvar s ostalim postavkama od kojih je sazdana teorija samopomoći? Ostavljajući po strani novije znanstvene spoznaje koje do krajnosti dovode u pitanje darvinističku paradigmu⁹⁵ te pitanje može li se takva paradigma uopće primijeniti na analizu međuljudskih odnosa,⁹⁶ ograničili bismo se na konstataciju da je slika hipotetske "nulte točke" povijesti kao potpunog kaosa i anarhije u kojem divlji pojedinci lutaju naokolo s batinom u rukama, očajnički se boreći za samoodržanje, u potpunosti nepovijesna. Jednostavno, ne postoje vrela i dokazi na temelju kojih se može utvrditi da je takvo primordijalno "naravno" stanje potpune odsutnosti bilo kakve zajednice, vlasti i pravila, u kojem bi jedini zakon bila gola fizička sila, a zaštita samopomoć, uopće postojalo, čak i u pretpovijesti. Primjerice, već je Eisenhart 1744. g., u svojem djelu *Statum naturalem Hobbesii ex corpore iuris civilis profligatum et profligandum*, odlučno tvrdio glede Hobbesove koncepcije naravnog stanja da "*statum illum generis humani quem Hobbesius fingit nunquam fuisse*" ("onog stanja ljudskog roda koji je Hobbes zamislio nikada nije bilo") te da je "*Hobbesi doctrina veterum iurisconsultorum philosophiae plane contraria*" ("Hobbesovo učenje posvema protivno filozofiji starih pravnika"),⁹⁷ a tvrdnje jednakog sadržaja u potpunosti su primjenjive i na Jheringovu teoriju samopomoći, pa je tako, primjerice, Behrends, u svom

⁹² O Hobbesovim filozofijsko-političkim postavkama kao jednom od preteča Jheringove *Selbsthilfetheorie* vidi Staszków (bilj. 22), 86 i sl.; usp. i Kaser (bilj. 82), 27 i sl.

⁹³ Kako bismo dodatno potkrijepili navedenu tvrdnju, navodimo da Jhering u svom djelu *Geist des römischen Rechts* također zastupa mišljenje da je društveni ugovor temelj nastanka države; vidi Jhering (bilj. 5), 209 i sl.; 216 i sl.

⁹⁴ Vidi naprijed pod 2.2.

⁹⁵ Vidi npr. Lings, *Drevna vjerovanja i moderna sujevjerja*, Sarajevo, 1997, 13 i sl.

⁹⁶ Razmatrajući jednom prilikom (ne)uporabljivost darvinističke paradigme pri analizi najstarijih rimskih pravnih pravila, poznati göttingenski romanist i civilist Okko Behrends ispravno je istaknuo da su "pravna pravila koja važe među ljudima nešto posve različito od stereotipa životinjskog ponašanja stečenih posredstvom prirodne selekcije"; Behrends, *La mancipatio nelle XII Tavole*, IURA 33 (1982), 73, bilj. 57.

⁹⁷ Cit. prema: Staszków, (bilj. 22), 87.

radu *La mancipatio nelle XII Tavole* iz 1982 g., primijetio da je navedena teorija “jedna čisto nepovijesna konstrukcija” (“*una costruzione puramente storica*”).⁹⁸ Navedene kritičke napomene danas potvrđuju i mnogobrojni pretpovijesni nalazi, koji pružaju posve drukčiju sliku o “primordijalnim vremenima” od Hobbesove ili Jheringove imaginacije. Primjerice, svjedočanstva koja posjedujemo o paleolitskim ljudima, zahvaljujući prije svega otkriću njihovih spiljskih crteža, otkrivaju da je pretpovijesni čovjek živio u organiziranim zajednicama, obvezan mnoštvom zapovijedi i religijskih tabua. Također, suvremena etnologijska istraživanja “primitivnih” kultura polučila su istovrsne spoznaje.⁹⁹ Te činjenice neoborivo govore u prilog tezi da su Hobbesov *status naturalis* ili Jheringov stadij samopomoći doista samo razumske spekulacije bez bitnih podudarnosti s (pret)povijesnom zbiljom.¹⁰⁰ U svakom slučaju, navedena paradigma neuporabljiva je zbog svoje nepovijesnosti kao metodologijski model u pokušajima odgonetanja geneze prava i procesa.¹⁰¹

Prema našem mišljenju, temeljni nedostatak Jheringovih razmatranja o genezi prava, pa tako i teorije samopomoći, jest njegovo neadekvatno vrednovanje inače krucijalne uloge religije u nastanku prava.¹⁰² Opće je poznata činjenica da su najstarije norme u pretpovijesnim zajednicama religijske norme. Jednako se tako i kod antičkih naroda njihovo najstarije pravo teško može razlučiti od religijskih zapovijedi,¹⁰³ a rečeno vrijedi i za najstarije rimsko pravo¹⁰⁴: “u

⁹⁸ Vidi Behrends, (bilj. 96), 75; usp. i Brogini (bilj. 8), 113 i sl.; Kaser/Hackl (bilj. 4), 28 i sl.

⁹⁹ Vidi Mayer-Maly, *Gedanken über das Recht*, Wien/Köln/Salzburg, 1985, 9 i sl., s uputama na daljnju literaturu; Eliade, *Istorija verovanja i religijskih ideja*, vol. I: Od kamenog doba do eleuzinskih misterija, Beograd, 1991, 9 i sl.

¹⁰⁰ Možda nije netočno ustvrditi, kao što je često isticano, da je Hobbesova konstrukcija “naravnog stanja” (*status naturalis*) samo spekulativni odraz Engleske njegova vremena, razdirane građanskim ratom (1642-49) te sveopćim bezvlašćem i bezakonjem; usp. npr. Hampton, *Hobbes and the Social Contract Tradition*, Cambridge, 1986, 5. Ako se prihvati navedena tvrdnja, to bi moglo uputiti na zaključak da *status naturalis* nipošto nije prvobitno čovjekovo stanje, već da bi bila istinita upravo suprotna, “antievolucionistička” Schellingova postavka da “nema nikakovog stanja barbarstva koje ne bi potjecalo iz neke propale kulture”; cit. Schelling, *O bitstvu slobode*, Zagreb, 1985, 149.

¹⁰¹ Usp. Kaser/Hackl (bilj. 4), 28 i sl.

¹⁰² Usp. Kaser (bilj. 82), 27 i sl.

¹⁰³ Vidi npr. Mayer-Maly (bilj. 99), 14.

¹⁰⁴ Vidi npr. Noailles, *Du Droit sacré au Droit civil*, *Cours de Droit Romain Approfondi* 1941-1942, Paris, 1949, 12 i sl.; Von Lübtow (bilj. 54), 328 i sl.; Catalano, *Diritto e persone*, I, Torini, 1990, VIII i sl.; 50.

početku je rimsko pravo bilo usko povezano s vjerom. Vjerski propisi (*fas*) se još ne razlikovahu od pravnih propisa (*ius*), pravni običaji pokazivahu veliku analogiju s vjerskim obredima, a vjerski glavari bili su istodobno i čuvari odnosno tumači pravnih pravila”.¹⁰⁵ Jednako kao što u vlasti rimskog kralja religijska i politička sfera tvore nerazdvojivo jedinstvo, tako u najstarijoj rimskoj predaji religijske norme (*fas*) i pravne norme (*ius*) čine nerazlučivu cjelinu (*ius-fas*). Kao što kraljeva vlast počiva na religijskim temeljima,¹⁰⁶ tako u najstarijem razdoblju rimske pravne povijesti *ius* ima za svoj temelj *fas*.¹⁰⁷ Imajući u vidu navedenu nerazdvojivost pojmova *fas* i *ius*, neki suvremeni autori opravdano govore o jedinstvenom “rimskom pravno-religijskom sustavu” s vrhovnim bogom Jupiterom u središtu, u kojem još nije moguće razlučiti “čisto” pravne od “čisto” religijskih elemenata.¹⁰⁸ Jhering, međutim, nije adekvatno vrednovao navedene povijesne činjenice te time u određenoj mjeri minorizirao ulogu religije u najstarijem rimskom pravu, smatrajući da se najstariji izvor prava ne nalazi ni u objavi bogova niti u volji države, već ga valja tražiti u primordijalnoj fizičkoj sili pojedinca.¹⁰⁹ Najstariji temelj prava (*ius*), dakle, trebala bi biti *vis*, a ne *fas*. Ne ulazeći dublje u analizu ideologijskih predodžbi navedenog autora, ipak valja upozoriti na činjenicu da krajnje individualistički motivi koji se evidentno nalaze u samom temelju teorije samopomoći,¹¹⁰ kao i tipično modernističko gledanje na ulogu religije u zajednici,¹¹¹ zasigurno nisu adekvatan metodologijski ključ za shvaćanje rimske zbilje u njezinu najstarijem razdoblju, u kojoj su vladale ideje posve različitog ranga. Možda za prvobitne Rimljane “bogovi još ipak nisu bili mrtvi”, kako je to apostrofirao prije četrdesetak godina Broggin i u svojoj kritici teorije samopomoći.¹¹² Suprotno od Jheringa, primjerenijim se čini “antimoderno” shvaćanje njegova suvremenika i prethodnika na baselskoj

¹⁰⁵ Horvat (bilj. 56), 70.

¹⁰⁶ O karakteru vlasti rimskog kralja i njezinu religijskom temelju vidi naprijed pod 2.3.

¹⁰⁷ Vidi npr. Dumézil (bilj. 55), 56 i sl.; 131 i sl.

¹⁰⁸ Vidi Catalano (bilj. 104), VIII i sl.; 50.

¹⁰⁹ Jhering (bilj. 5), 107 i sl.

¹¹⁰ Usp. Behrends, (bilj. 96), 74 i sl.

¹¹¹ Iscrpnu kritiku Jheringovih shvaćanja uloge religije u rimskoj zajednici, determiniranih modernističkim ideologijskim predrasudama, kao i njezina odnosa spram rimskog pravnog sustava, pružio je u najnovije vrijeme Francesco Sini, Impero Romano e religioni straniere: riflessioni su universalismo e tolleranza nella religione politeista romana, Sandalion 21-22 (1998-1999), 79 i sl., s uputama na daljnju literaturu.

¹¹² Broggin (bilj. 8), 116.

katedri za rimsko pravo J.J. von Bachofena,¹¹³ prema kojem u drevnim zajednicama “religija nije bila samo jedan čimbenik, neko pojedinačno usmjerenje duha, već je bila ono Jedino, ono Sve, ono Jedno u Svemu”.¹¹⁴ Navedeno shvaćanje u potpunosti vrijedi i za najstarije razdoblje rimske povijesti¹¹⁵ te bismo ga mogli prihvatiti za arhimedovsku točku daljnjih raščlambi.

Nakon što je utvrđeno da teorija samopomoći, u bilo kojoj od svojih varijanti, nije adekvatan metodologijski temelj na kojem se može zasnovati analiza postanka rimskog civilnog procesa, treba ispitati u kojoj je mjeri ta teorija prouzročila netočne interpretacije sačuvanih vrela koja se odnose na legisakcijski proces. Kako smo vidjeli, mnogi moderni romanisti, od Jheringa pa sve do danas, smatrali su da složenice od *vis* i *dicere* (*vindicare*, *vindicatio*, *vindex*, *vindicta* ili *vindicia*) izvorno označavaju demonstraciju fizičke sile, iz čega se izvodio zaključak da su se u najstarije vrijeme sporovi rješavali samopomoći. I danas, primjerice, navedeno shvaćanje odlučno zastupaju Guarino, Bürge i Gutiérrez Masson.¹¹⁶ Prvi autor koji se krajnje odlučno usprotivio toj interpretaciji bio je francuski romanist Pierre Noailles. U svojim radovima nastalim početkom četrdesetih godina 20. st. taj je autor rezolutno odbacio teoriju samopomoći kao produkt historijskog materijalizma¹¹⁷ te shodno tome tumačenje da riječi *vis* i njezine složenica *s dicere* - u kontekstu legisakcijskog procesa - označuju demonstraciju fizičke sile. Pri pobijanju navedenog tumačenja Noailles se napose oslonio na Aula Gelija. Naime, taj rimski autor, na jednom mjestu u svom djelu *Noctes Atticae*, spominjući legisakcijski proces, razlikuje *vis civilis et festuaria quae verbo diceretur*, tj. civilnu silu u procesu koja se izgovara riječima, spram *vis bellica et cruenta*, ratne i okrutne sile, koja se izvršava snagom ruku (...*manu fieret*...).¹¹⁸

¹¹³ O odnosima Bachofena i Jheringa vidi Garré, *Fra diritto romano e giustizia popolare, Il ruolo dell'attività giudiziaria nella vita e nell'opera di Johann Jakob Bachofen* (1815-1887), Frankfurt a. M., 1999, 153 i sl.

¹¹⁴ “Religion war nicht nur ein Faktor, eine einzelne Richtung des Geistes, sie war das Einzige, das All, die Einheit im All”; cit. Bachofen, *Griechische Reise* (1851), Hamburg, 1993, 113.

¹¹⁵ Vidi npr. Gerlach/Bachofen, *Die Geschichte der Römer*, vol. I, Basel 1851, 43; Noailles (bilj. 104), 12 i sl.; Von Lübtow (bilj. 54), 328 i sl.; Catalano (bilj. 104), VIII i sl.; 50.

¹¹⁶ Vidi Bürge (bilj. 10), 45 i sl., Gutiérrez Masson (bilj. 10), 253 i sl.; Guarino (bilj. 67), 160 i sl.

¹¹⁷ Noailles, *Manum injicere*, *Revue historique de droit français et étranger* (RHD) 21 (1942), 15.

¹¹⁸ Gell. *Noct. att.* 20.10.8 i sl., a napose 20.10.10. *Idcirco Ennius significare volens non, ut ad praetorem solitum est, legitimis actionibus neque ex iure manum consortum, sed bello ferroque et*

Imajući na umu to Gelijevo razlikovanje te ritualni karakter legisakcije *sacramento*, Noailles je ispravno uočio da procesna *vis civilis* ne potječe od puke fizičke sile, tj. da ne predstavlja naknadno "ritualiziranu" fizičku silu. Naprotiv, *vis civilis* već je izvorno bila ritualna sila, dakle sila duhovnog karaktera, koja nastaje u obredu legisakcije *sacramento in rem*, te "arhajske i misteriozne ceremonije riječi i gesta".¹¹⁹ Navedena ritualna sila ima religijsko ishodište te shodno tome crpi svoju snagu iz nadzemaljskog svijeta bogova, a najstariji procesni akti izvorno su predstavljali religijske akte. Prema Noaillesu, prvobitni proces nije stoga nastavak fizičke borbe drugim sredstvima, već svojevrzni religijski ritual.¹²⁰ Određena novija romanistička istraživanja dodatno su potkrijepila Noaillesove uvide. Prije svega, kako smo već napominjali, nekolicina autora danas drži da pojam "*lex*" u izrazu "*legis actio*" u najstarije vrijeme ne znači "zakon", već "ritual".¹²¹ Stoga bi, pojednostavljeno rečeno, *lege agere* izvorno značilo "ritualno djelovati". Pored toga, da bi se još zornije uputilo na neodrživost raščlambi ritualnih struktura legisakcije *sacramento in rem* s aspekta teorije samopomoći, vrijedi posvetiti nekoliko napomena ulozi ritualnog štap, zvanog *vindicta* ili *festuca*.¹²² S gledišta teorije samopomoći, taj štap (*vindicta*), kojeg je naziv također složenica od riječi *vis* i *dicere*, izvorno je predstavljao puki instrument ničim ograničene primjene fizičke sile. Prema novijoj varijanti teorije samopomoći,¹²³ nakon što je negdašnji puki fizički sukob "ritualiziran" u božji sud, sukobljene strane takvim su se štapovima (*vindicta/festuca*) borile u sudbenom dvoboju, da bi u sljedećoj fazi razvitka, za koju imamo izravna svjedočanstva u sačuvanim vrelima o legisakciji *sacramento in rem*, taj štap zadržao tek puko simboličko značenje. Suprotstavljajući se na Noaillesovu tragu navedenoj interpretaciji, valja ponoviti da *vis civilis* ili *vis festuciaria*, tj. sila koja se rađa u procesu iz ritualnih čina izvršenih štapom i svečano izgovorenih riječi, izvorno predstavlja

vera vi atque solida...; quod videtur dixisse conferens vim illam civilem et festucariam, quae verbo diceretur, non quae manu fieret, cum vi bellica et cruenta.

¹¹⁹ Cit. Noailles (bilj. 104), 53. Dodatno potkrepljujući Noaillesove postavke, vrijedi istaknuti da je riječ "*vis*" izvorno pripadala rimskom religijskom vokabularu, a označivala je prije svega božansku silu.; vidi pobliže Novaković, Pojam *numen* u rimskoj religiji. Uvodna studija za rimsku religiju, Zagreb, 1991, 21 i sl.; 71 i sl., s uputama na daljnja relevantna antička vrela i modernu literaturu.

¹²⁰ Noailles (bilj. 104), 78 i sl., napose 83 i sl.

¹²¹ Vidi naprijed bilj. 59.

¹²² Vidi naprijed pod 2.1.

¹²³ O njoj vidi naprijed pod 2.3.

silu sasvim drugog ranga i značenja nego što je puka fizička sila. Prije svega, štapovi kao ritualna sredstva kojima svaka od parničnih stranaka vindicira sporni predmet nisu upereni protiv parničnog protivnika, već ih stranke usmjeruju na sporni predmet.¹²⁴ Naime, svaka stranka dodiruje štapom taj predmet tvrdeći istodobno, putem formule vindikacije odnosno kontravindikacije, da on pripada isključivo njoj (*“ex iure Quiritium meum esse aio”*).¹²⁵ U svezi s tim, vrijedi napomenuti da ritual vindikacije sasvim nalikuje drevnom ritualu inauguracije kralja.¹²⁶ U tom je ritualu augur stavljao desnu ruku na glavu osobe designirane za kralja, izgovarajući ujedno formulu inauguracije, a u lijevoj ruci držao je augurski štap (*lituus*). Imajući u vidu navedenu izvornu ulogu štapa u procesu kao isključivo ritualnog sredstva, a ne sredstva fizičke “borbe za pravo”, kao i izrazitu strukturalnu analogiju između rituala vindikacije i rituala inauguracije, treba odbaciti tumačenje sljedbenika teorije samopomoći da su parnične stranke izvorno vodile fizičku borbu s ritualnim štapovima, budući da bi se na jednaki način, primjenjujući dosljedno postavke teorije samopomoći na analizu strukture rituala inauguracije, moglo izvesti zaključak da je i augurski štap (*lituus*) u navedenom ritualu izvorno predstavljao sredstvo očitovanja puke fizičke sile usmjerene protiv budućeg kralja, što nam se nipošto ne čini vjerojatnim. Naprotiv, u oba slučaja štap izvorno predstavlja sredstvo kojim se ostvaruje ritualna vlast nad nekom osobom ili stvari. Ta ritualna vlast ujedno je bila i pravna vlast (*ius*), za razliku od puke faktičke vlasti (*factum*).¹²⁷ A ako napustimo stranputice socijaldarvinističke paradigme, koju je Jhering tako vješto putem teorije samopomoći projicirao na strukturu najstarijeg rimskog civilnog procesa, iznova ćemo spoznati notornu istinu da ritualna vlast može imati isključivo religijske temelje.¹²⁸ U svezi s tim, bit će dostatno podsjetiti na činjenicu da je svaka od parničnih stranaka, nakon izvršene vindikacije, ritualno zazivala Jupitera putem prisege (*sacramentum*).¹²⁹ Nadamo se da je ovaj

¹²⁴ Vidi Kaser/Hackl (bilj. 4), 97, bilj. 51; Manthe (bilj. 54), 18.

¹²⁵ O vindikacijskom ritualu vidi поближе naprijed pod 2.1.

¹²⁶ O ritualu inauguracije vidi поближе naprijed pod 2.3., napose bilj. 55.

¹²⁷ Usp. Fögen, Ritual und Rechtsfindung, u: Caduff/Pfaff-Czarnecka (eds.), *Rituale heute. Theorien - Kontroversen - Entwürfe*, Berlin 1999, 149 i sl.

¹²⁸ Usp. Manthe (bilj. 54), 57.

¹²⁹ Vidi naprijed pod 2.3. Za razliku od sljedbenika modificirane teorije samopomoći koji smatraju da je prvobitni vindikacijski ritual imao karakter sudbenog fizičkog dvoboja te da su se stoga prisege (*sacramenta*) polagale prije njegova otpočinjanja, držimo kako se nipošto ne smije previdjeti da je Gaj u svom opisu legisakcije *sacramento* istaknuo kako

kratki ekskurs o ulozi štapa kod legisakcije *sacramento in rem* pokazao u kojoj je mjeri teorija samopomoći prouzročila pogrešne interpretacije sačuvanih vrela o legisakcijskom procesu.

Određena etimologijska istraživanja također su dovela u sumnju tvrdnju da su riječi *vindicare*, *vindicta* ili *vindex* složenice od *vis* i *dicere*. Prema postavci koju je početkom 20. stoljeća iznio njemački lingvist Schrader, a u novije vrijeme iznova aktualizirao Szemerényi, riječ *vindex* temeljna je riječ od koje potječu sve ostale srodne riječi (*vindicare*, *vindicatio*, *vindicta*, *vindicia*), a ona sama pak ima porijeklo u latinskoj riječi **vinis*, etimologijski srodnoj sa staroirskom riječi *fine* ("porodica") ili staronjemačkom *wini* ("srodnik", "prijatelj"). Prema toj etimologijskoj raščlambi, sve spomenute riječi trebale bi potjecati od praindoeuropske riječi **winis*, koja je imala značenje "srodnik", "bližnji". Riječ *vindex* stoga bi izvorno označivala "čovjeka koji pripada određenoj porodici".¹³⁰ Shodno tome, glagol *vindicare* izvorno je značio "tvrditi da određena stvar ili osoba pripada kakvoj porodici", a *vindicta* kao štap izvorno je predstavljala ritualno sredstvo kojim je *pater familias* demonstrirao tu pripadnost.

Navedena etimologijska rekonstrukcija postupno je prevladala u suvremenoj lingvističkoj znanosti, pa su je stoga svesrdno prihvatili pojedini romanisti koji odlučno kritiziraju teoriju samopomoći (npr. Broggin, Manthe), uvidjevši da ta rekonstrukcija, uz ostale navedene argumente, ruši same temelje te teorije kao i na njoj sazdane interpretacije sačuvanih vrela koja se odnose na legisakcijski proces.¹³¹

se *sacramenta* polazu tek nakon vindikacijskog rituala. U skladu s tim Gajevim opisom, a suprotno od sljedbenika modificirane teorije samopomoći, smatramo da su parnične stranke i u prvobitnom rimskom procesu polagale navedene prisege tek nakon vindikacijskog rituala te njima ritualno potvrđivale istinitost tvrdnji izrečenih u vindikacijskom ritualu. Prema tome, *sacramentum* je u rimskom procesu izvorno morao imati karakter asertorne prisege; usp. Broggin (bilj. 82), 154 i sl.

¹³⁰ Vidi Schrader/Nehring, *Reallexikon der indogermanischen Altertumskunde*, Bd. 1, Berlin, 1917, s. vidi *Familie*, 293; Szemerényi, *Etyma Latina III*, u: *Logos Semantikos*. *Studia linguistica in honorem Eugenio Coseriu III*, Berlin, 1981, 303 i sl.

¹³¹ Vidi pobliže npr. Broggin (bilj. 8), 134 i sl.; Manthe (bilj. 54), 17 i sl. Treba spomenuti da još uvijek ima i lingvista koji ne prihvaćaju navedenu etimologijsku raščlambu (vidi npr. Benedetti, *I composti radicali latini*, Pisa, 1988, 84 i sl.), a na njihovo se mišljenje oslanjaju romanisti koji i dan-danas slijede teoriju samopomoći; vidi npr. Bürge (bilj. 10), 47 i sl. Čak i ako prihvatimo tvrdnju da spomenuto etimologijsko objašnjenje nije točno te da su riječi *vindicare*, *vindicta* ili *vindicatio* doista složenice od *vis* i *dicere*, navedeni argument nikako ne može ići u prilog teoriji samopomoći, budući da riječ *vis*, kako smo već pokazali, izvorno ne označuje silu fizičkog, već religijskog i ritualnog karaktera.

Sve te činjenice nedvojbeno upućuju na zaključak da je Jhering ipak projicirao temeljne postavke teorije samopomoći na strukturu najstarijeg rimskog civilnog procesa. Parafrazirajući Kantovu izreku “da mi o stvarima spoznajemo *a priori* samo ono što sami stavljamo u njih”,¹³² moglo bi se reći da je taj romanist o izvornoj strukturi tog procesa spoznao *a priori* samo ono što je na temelju teorije samopomoći “stavio” u tu strukturu.

4. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Na temelju provedene raščlambe može se sa sigurnošću zaključiti da se najstarije stanje nije sastojalo u “ratu svih protiv svih” te da prvobitni proces nije nastavak tog rata drugim sredstvima, kako to poučava *Selbsthilfetheorie*. Naprotiv, na samom početku rimske države, u razdoblju kraljevstva (754-509. g. pr. Kr.), vladale su savim suprotne predodžbe. Središnja vrednota tadašnjeg rimskog života bio je “božji mir” (*pax deorum*) između rimske zajednice (*civitas*) i njezinih bogova (*dii*). Stanje mira (*pax*) i prijateljstva (*amicitia*) između bogova i zajednice moralo je trajno postojati. Da bi se navedeni mir konstantno održavao, svaki član zajednice morao se ponašati u skladu s tradicijom naslijeđenim religijskim (*fas*) i pravnim (*ius*) normama, koje su u to doba, kako smo napomenuli,¹³³ činile nerazlučivu cjelinu (*ius-fas*). Ako se neki čovjek ogriješio o koju tradicijsku normu te time povrijedio određeno božanstvo i narušio “božji mir”, srdžba povrijeđenog božanstva obrušila bi se na cijelu zajednicu. U tom slučaju kralj (*rex*) kao vrhovni pravno-religijski autoritet u rimskoj zajednici, odnosno posrednik između nje i nadnaravnog svijeta bogova, određivao je - u skladu s rimskom tradicijom - izvršenje odgovarajućih ritualnih postupaka kojima bi se umirilo povrijeđeno božanstvo te time iznova uspostavila *pax deorum*.¹³⁴

¹³² Kant, Kritika čistog uma, predgovor drugom izdanju; cit. prema: Filipović, Klasični nje-mački idealizam, Filozofska hrestomatija, VII, Zagreb, 1962, 135.

¹³³ O navedenoj problematici vidi pobliže naprijed pod 3.

¹³⁴ Detaljnije o pojmu *pax deorum* kao središnjoj vrednoti najstarijeg rimskog pravno-religijskog poretka vidi Fuchs, Augustin und der antike Friedensgedanke, Berlin, 1926, 182 i sl.; Kaser (bilj. 62), 66; Voci, Diritto sacro romano in età arcaica, *Studia et documenta historiae et iuris* 19 (1953), 48 i sl.; Latte, Römische Religionsgeschichte, München, 1960, 40 i sl.; Sini, Uomini e dèi nel sistema giuridico-religioso romano: *pax deorum*, tempo degli dèi (*dies festi, feriae*), sacrifici, *Ius antiquum* 8 (2001), 8 i sl., s uputama na relevantna antička vrela i daljnju romanističku literaturu. U slučaju lakših povreda

U navedenom kontekstu svakako treba istaknuti kako je u suvremenoj romanistici prisutno i shvaćanje da su temelji pravno-religijskog poretka (*ius-fas*) s vrhovnim bogom Jupiterom u središtu te *pax deorum* kao stanje ljudskog poštovanja tog poretka mogli nastati tek s osnutkom grada Rima, što se prema legendi zbilo 21. travnja 753. pr. Kr. Prema navedenom shvaćanju, a koje, primjerice, u najnovije vrijeme odlučno zastupa španjolska romanistica Gutiérrez Masson, prije nastanka grada vladalo je svojevrsno stanje “rata svih protiv svih”, a tek s osnutkom grada i uspostavom vlasti prvog kralja (*rex*) mogli su se formirati temelji pravno-religijskog poretka te *pax deorum* kao stožerna vrednota ondašnjeg rimskog života.¹³⁵ To shvaćanje samo je još jedan pokušaj projekcije teorije samopomoći, oblikovane na tragu Hobbesova učenja o *status naturalis*, na razdoblje koje neposredno prethodi postanku grada Rima.¹³⁶ Suprotno od spomenutog pokušaja aktualizacije Jheringove paradigme, treba stoga istaknuti da su pojmovi vrhovnog božanstva (*Iuppiter*), kralja (*rex*) ili prava (*ius*), kao i koncepti poput *pax deorum* ili *homo sacer* morali postojati i prije nastanka Rima, budući da na analogne ili identične pojmove i koncepte nailazimo kod drugih indoeuropskih naroda. Tako je, primjerice, ime vrhovnog rimskog boga Jupitera istorodno s grčkim *Zeû páter* (Ζεὺ πάτερ) ili vedskim *Dyauh pitā*, a sve navedene riječi trebale bi potjecati od praindoeuropske invokacijske formule **dyeu pōter* u smislu: “Nebo oče”! Latinsko *rex* istorodno je s keltskim *ri*, galskim *rix* ili sanskrtskim *rāj*, a potječe od praindoeuropskog **rēg-* u smislu “kralj”. Također, latinsko *ius* odgovara vedskom *yōh* ili avestskom *yaoš*. Te riječi potječu od praindoeuropskog **yous*, koje označuje “stanje regularnosti, normalnosti, tj. stanje poštovanja ritualnih odredbi”.¹³⁷ Također, vidjeli smo da je u najstarijem

“božjeg mira” božanstvo bi se umirivalo žrtvom pomirnicom (*piaculum*) koju je morao prinijeti sam počinitelj nedopuštenog čina. Teške povrede “božjeg mira” (npr. odavanje religijskih tajni, veleizdaja, povreda međe) predstavljale bi, međutim, neiskupljiv zločin (*scelus inexpiabile*) te je sam počinitelj morao biti ili posvećen (*consecratio*) ili pak žrtvovan povrijeđenom božanstvu (*deo necari*) kako bi se iznova uspostavio “božji mir”; o razlici između *scelus inexpiabile* i *scelus expiabile* vidi поближе naprijed pod 2.3.

¹³⁵ Vidi Gutiérrez Masson (bilj. 10), 253 i sl.; usp. i Cannata (bilj. 67), 153 i sl., a posebice 163 i sl.

¹³⁶ O Hobbesovu učenju kao jednom od filozofijskih preteča Jheringove teorije samopomoći vidi поближе naprijed pod 3.

¹³⁷ Vidi Benveniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européens*, Paris, 1969, I, 209 i sl. (za Jupitera); op. cit., II, 9 i sl. (za *rex*); op. cit., II, 111 i sl. (za *ius*); usp. i Dumézil, *A propos de latin jus*, *Revue de l'histoire des religions* 134 (1947-48), 95 i sl.

rimskom pravu čovjek postao *homo sacer* ako bi počinio zločin koji teško narušava *pax deorum*. Rimska sankcija saceriteta posve je podudarna sankciji starog germanskog prava zvanoj *Friedlosigkeit*: čovjek koji bi počinio određeni teški zločin i time narušio "*Fried*" (mir) cjelokupne zajednice, bio bi i sam kažnjen potpunim oduzimanjem mira (*Friedlosigkeit*), što znači da bi postao potpuno obespravljen i izopćen iz zajednice te ga je svatko mogao nekažnjeno ubiti.¹³⁸ Na temelju navedenih činjenica može se sa sigurnošću zaključiti da temelji najstarijeg pravno-religijskog poretka u Rimu s vrhovnim bogom Jupiterom u središtu te *pax deorum* kao stanjem ljudskog poštovanja tog poretka nisu nastali tek s osnutkom Rima, već su vrednote koje su prvi stanovnici Rima naslijedili iz praindoeuropskih vremena.¹³⁹

Smatramo stoga zaključno i da mogući novi putovi rekonstrukcije prvobitnog rimskog procesa, u potpunoj suprotnosti s teorijom samopomoći, trebaju u svakom slučaju krenuti od postavke da je taj proces izvorno predstavljao sustav ritualnih akata s ciljem zaštite stanja mira između ljudi i vrhovnog božanstva (*pax deorum*). Drugim riječima rečeno, najstariji izvor prava i procesa u Rimu ne treba tražiti u ratu (*bellum*), odnosno fizičkoj "borbi za pravo" svih protiv sviju, već - upravo suprotno - u "božjem miru" (*pax deorum*) kao stožernoj vrednoti u arhajskoj rimskoj tradiciji. Za razliku od rekonstrukcija prvobitnog civilnog procesa od strane sljedbenika teorije samopomoći, počev od Jheringa pa sve do današnjih teoretičara građanskog procesnog prava, kojih su rekonstrukcije utemeljene na novovjekovnim racionalističkim i naturalističkim postavkama o genezi države i prava, takav novi pokušaj ne bi smio imati svoje ishodište u ahistorijskim teorijskim postavkama, već bi se rekonstrukcija postanka rimskog civilnog procesa morala utemeljiti na relevantnim povijesnim spoznajama o arhajskoj rimskoj zbilji. Autor se nada da bi u ovom radu provedena kritika teorije o samopomoći kao prvobitnom obliku pravne zaštite (*Selbsthilfetheorie*) mogla poslužiti kao predradnja za jedno takvo znanstveno pregnuće.

¹³⁸ Vidi pobliže Bayer (bilj. 61), 32, s uputama na daljnju germanističku literaturu.

¹³⁹ Za detaljnu analizu indoeuropskog nasljeđa u Rimu vidi npr. Dumézil, *L'Héritage indo-européen à Rome*, Paris, 1949, 1 i sl.

Summary
Marko Petrak*

**CRITICISM OF THE THEORY OF SELF-HELP AS A PRIMAL FORM
OF LEGAL PROTECTION (SELBSTHILFETHEORIE)**

The concept of self-help as an original and the oldest form of legal protection is usual in contemporary science of civil procedural law. However, the Selbsthilfetheorie was not originally created and developed within the framework of this discipline, but it was formed in the science of Roman law in the second half of the 19th century - primarily in the work of the eminent German Romanist and philosopher of law Rudolph von Jhering (1818-1892) - as a response to the complex questions on the origin and development of Roman civil procedure. According to Jhering, the original source of law is neither the revelation of gods, nor the will of the state, but it should be found in the physical force (vis) of individuals. Since in the pre-historic period there existed "the war against all", self-help was the oldest form of settling disputes. The mentioned theoretical concepts made an exceptional impact on Romanistics in the 20th century and almost became communis opinio doctorum, penetrating into other legal disciplines as well, especially civil procedural law. Starting from the analysis of relevant Roman sources, the author rejects the Selbsthilfetheorie as an a-historic construction based on rationalistic and naturalistic presumptions on the genesis of the state and law of modern times, concluding that the fundamental postulates of the theory of self-help particularly correspond with the observations of the English philosopher Hobbes (1588-1679) according to whom the primal, i.e. natural human condition (status naturalis) is the war of all against all (bellum omnium in omnes). On the basis of the stated conclusion, the author shows on concrete examples the way in which the application of the theory of self-help have caused the wrong interpretation of the structures of the oldest Roman civil procedure as a system of ritualized acts of physical coercion. Contrary to the postulates of the theory of self-help, in the final part of the article the author emphasizes the fact that the crucial value of the archaic Roman life was "God's peace" (pax deorum) between the Roman community (civitas) and its gods (dii). Therefore, according to his opinion, every new attempt to reconstruct the origin and development of Roman civil procedure should start from the assumption that this procedure originally represented the system of ritualistic acts aiming at the protection of the state of "God's peace".

Key words: Selbsthilfetheorie, Roman law, legal protection

* Marko Petrak, Ph. D., Assistant Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb

Zusammenfassung
Marko Petrak**

KRITIK DER THEORIE VON DER SELBSTHILFE ALS URSPRÜNGLICHER FORM DES RECHTSSCHUTZES

Die Auffassung, dass die Selbsthilfe die ursprüngliche und älteste Form des Rechtsschutzes sei, ist in der modernen Wissenschaft vom Zivilprozessrecht fest verankert. Ursprünglich ist die Selbsthilfetheorie jedoch nicht innerhalb dieser Disziplin entstanden, sondern entfaltete sich in der Wissenschaft vom Römischen Recht in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts - insbesondere im Werk des berühmten deutschen Romanisten und Rechtsgelehrten Rudolph von Jhering (1818-1892) - als Antwort auf die komplexen Fragen nach der Entstehung und Entwicklung des römischen Zivilprozesses. Nach Jhering ist der eigentliche Ursprung des Rechts weder in göttlicher Offenbarung noch im Willen des Staates zu suchen, sondern liegt in der physischen Gewalt (vis) des Einzelnen begründet. Da in vorgeschichtlicher Zeit der Zustand des "Krieges aller gegen alle" herrschte, war die Selbsthilfe die älteste Form der Beilegung von Konflikten. Die genannten theoretischen Konzepte übten enormen Einfluss auf die Romanistik des 20. Jahrhunderts aus und wurden nahezu zu einer communis opinio doctorum, wobei sie auch in andere Rechtsdisziplinen durchdrangen, vor allem ins Zivilprozessrecht. Ausgehend von einer Analyse der relevanten römischen Quellen, verwirft der Autor die Selbsthilfetheorie als eine ahistorische Konstruktion, die sich auf neuzeitlichen rationalistischen und naturalistischen Thesen von der Genesis des Staates und des Rechts gründet, und zieht den Schluss, dass sich die Hauptpostulate der Selbsthilfetheorie insbesondere mit den Einsichten des englischen Philosophen Hobbes (1588-1679) decken, der als ursprünglichen, dh. Naturzustand des Menschen (status naturalis), den Krieg aller gegen alle (bellum omnium in omnes) ansah. Aufgrund dieser Schlussfolgerung wird in der vorliegenden Arbeit an konkreten Beispielen belegt, auf welchem Wege die Anwendung der Selbsthilfetheorie zu einer Fehlinterpretation der Strukturen des ältesten römischen Prozessrechts als eines Systems ritualisierter Akte physischer Gewalt führte. In völligem Gegensatz zu den Grundsätzen der Selbsthilfetheorie unterstreicht der Autor im abschließenden Teil der Arbeit die Tatsache, dass der „göttliche Frieden“ (pax deorum), der Frieden der römischen Gemeinschaft (civitas) mit ihren Göttern (dii), den fundamentalen Wert des archaischen römischen Lebens ausmachte. Daher sollte nach seiner Meinung jeder neue Versuch, die Entstehung und Entwicklung des römischen Zivilprozesses zu rekonstruieren, von der Grundannahme ausgehen, dass dieser Prozess ursprünglich ein System ritueller Akte zum Schutze des Zustandes des „göttlichen Friedens“ darstellte.

Schlüsselwörter: Selbsthilfetheorie, römisches Recht, Rechtsschutz

** Dr. Marko Petrak, Dozent an der Juristischen Fakultät in Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb